

UFR Droit et Sciences Politiques



UNIVERSITÉ DE NANTES

2008-2009

Mémoire en vue de l'obtention du Master 2 Recherche, Droit de la propriété intellectuelle

LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE EN
CAS D'ATTEINTE AU DROIT D'AUTEUR SUR LES RÉSEAUX
NUMÉRIQUES

Présenté et soutenu par **Dimitri PROKHOROV**

Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur **André LUCAS**

*A mon père,
Отцу посвящаю,*

AVERTISSEMENT

L'ensemble des adresses électroniques données en référence ont été reconsultées à la date du 1^{er} juin 2009

SOMMAIRE

PARTIE 1. INEFFICACITÉ DES CRITÈRES DE COMPÉTENCE ACTUELS À L'ÉPREUVE DES RÉSEAUX

CHAPITRE 1^{er} - Le rejet de la compétence universelle

CHAPITRE 2nd - Inadaptation du critère du public visé au regard du droit d'auteur

PARTIE 2. ÉMERGENCE DE NOUVEAUX CRITÈRES DE COMPÉTENCE ADAPTÉS AUX RÉSEAUX

CHAPITRE 1^{er} - Utilisation de la méthode de la focalisation

CHAPITRE 2nd - Propositions en faveur de nouveaux critères de compétence

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Accord ADPICl'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce
ALI <i>American Law Institute</i>
Arch. phil. droitArchives philosophiques du droit
CJCECour de justice des Communautés européennes
<i>Comm. com. électr.</i> <i>Communication, commerce électronique</i>
CPICode de la propriété intellectuelle
D. <i>Recueil Dalloz</i>
D. c. <i>United States District court</i> (Cour de district fédérale)
Doc. fr.Documentation française
Dactyl.Dactylographié
GADIP <i>Grands Arrêts de droit international privé</i>
GATT <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
<i>Gaz. Pal</i> <i>Gazette du Palais</i>
JCP G <i>Juris-Classeur Périodique édition générale</i>
JCP E <i>Juris-Classeur Périodique édition entreprise</i>
JDI <i>Journal du droit international</i> (Clunet)
L.G.D.J.Librairie générale de droit et de jurisprudence
OMCOrganisation Mondiale du Commerce
PA <i>Petites Affiches</i>
PIBD <i>Propriété industrielle – Bulletin de documentation</i>
<i>Rec. Cours La Haye.</i> <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
Rec. CJCE <i>Recueil des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des communautés européennes</i>
<i>Rev. crit. DIP</i> <i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. jurid. de l'environnement.</i> <i>Revue juridique de l'environnement</i>
RIDA <i>Revue internationale du droit d'auteur</i>
RLDI <i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i>
t.tome
T. com.Tribunal de commerce
TGI.Tribunal de grande instance
TPICETribunal de première instance des Communautés européennes
U. S. <i>United States Supreme Court</i> (Cour suprême des États-unis)
U. S. C. A. <i>United States Court of Appeal</i> (Cour d'appel des États-unis)

« La confrontation entre l'État et l'immatériel a pour elle une certaine évidence intuitive. La problématique est attractive car la contradiction est apparente entre l'immatériel, d'une part, qui est si propice à des représentations extrêmes, et la territorialité, d'autre part, qui renvoie si immédiatement à l'idée d'ancrage terrien, agrarien, rassurant. Pourtant, cette contradiction n'existe pas en soi »¹

1/ S'il fallait trouver une certitude, un point d'ancrage à notre étude, celui-là nous paraît essentiel : face à la problématique soulevée par les réseaux (conceptualisée dans la notion de l'immatériel), l'État ne reste certainement pas impuissant, et les juridictions étatiques sont bien entendu aptes à s'en préoccuper. Les tribunaux étatiques sont ainsi toujours potentiellement compétents et il n'est nul besoin d'une juridiction supra-étatique pour connaître de ces litiges.

2/ Plan. La détermination du tribunal compétent pour des litiges mettant en cause le droit d'auteur dans l'environnement numérique est une question complexe qui mérite des propos introductifs détaillés. Le sujet nous invite à étudier la confrontation de deux matières lorsqu'elles se rencontrent sur les réseaux numériques. Ce n'est qu'à travers l'étude distincte et successive du droit d'auteur sur les réseaux numériques (§1) et des règles générales de droit international privé (§2) que nous pourrions dégager les questions conceptuelles qui nous intéressent (§3) et concrétiser notre approche du sujet (§4).

§1. Le droit d'auteur sur les réseaux numériques

3/ Les réseaux numériques, comprenez Internet. « Le juriste serait bien naïf qui prétendrait décrire de manière exhaustive une réalité technique complexe autant qu'évolutive »². Ainsi, nos propos introductifs vont se limiter à ne dresser que les contours de ce que l'on nomme les réseaux numériques. Ceux-ci regroupent, outre Internet, d'autres réseaux dits « fermés ». Dès lors, notre étude ne portera pas sur le réseau Intranet, par exemple, qui partage certes des caractéristiques communes avec le réseau Internet, mais qui à la

1 H. Ruiz Fabri, *Immatériel, territorialité et État*, Arch. phil. droit, t. 43 L'immatériel, 1999, p. 189 [187-212].

2 A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, p. 4, n°6.

différence de celui-ci, ne connaît pas la même complexité du fait de son contrôle par un administrateur unique. Pour ces mêmes raisons, seront exclus le réseau bancaire Swift, les réseaux EDI, Transpac ou Télétel. Même si les réseaux fermés peuvent relier des ordinateurs du monde entier (prenons le cas par exemple d'une multinationale qui a des bureaux dans de nombreux pays), leur gestion est centralisée et le caractère international n'y change rien puisque ces réseaux seront toujours contrôlés par un administrateur ou un opérateur unique assujetti à des règles nationales³.

C'est pourquoi, par réseaux numériques, il faut comprendre, dans le cadre de notre étude, Internet et uniquement ce support⁴. Techniquement, Internet est un « réseau d'interconnexions mondiales des réseaux informatiques »⁵. Deux traits peuvent le caractériser, à savoir son caractère par définition virtuel et international. Internet est virtuel car les échanges qui se font sur ce réseau sont numérisés⁶, et il est international car il est composé d'un réseau décentralisé et mondial d'ordinateurs reliés entre eux par un protocole universel.

4/ Histoire et économie d'Internet. Il y a à première vue quelque chose de paradoxal dans l'idée de vouloir raconter l'histoire d'une réalité aussi récente. Ce paradoxe n'a pourtant pas lieu d'être, tant Internet s'est transformé, et le droit qui l'accompagne a évolué. Il a fallu attendre 1996 pour que les premiers mémoires⁷ et les premiers articles de doctrine⁸ soient consacrés à ce nouveau mode de communication et d'échanges. Ainsi, plusieurs temps doivent être évoqués⁹.

Avant 1996, Internet n'était connu que par une très faible proportion de la population, d'ailleurs le terme même d'Internet n'était quasiment pas employé, et le commerce électronique était alors monopolisé par

3 *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 12, n° 15.

4 « L'utilisation de l'article [l'] n'est pas souhaitable en français devant le mot Internet bien qu'en anglais celui-ci soit toujours précédé de l'article défini [the] qui est un nom propre », M. Bergeron, C. Kempa, *Vocabulaire d'Internet*, Office de la langue française, Montréal, 1995, p. 31.

5 M. Grenié, *Dictionnaire de la micro-informatique*, Larousse, Paris, 1997. Internet est l'acronyme de l'anglais **INTERN**ational **NET**work.

6 On parlera aussi de « l'immatérialité du réseau » .

7 G. Kaufman, *L'internet et le droit*, mémoire en vue de l'obtention du DEA de propriété intellectuelle, dactyl., Université de Nantes, 1996.

8 Pour une vue d'ensemble de l'appréhension d'Internet par le droit, l'article fondateur de P.-Y. Gautier, Du droit applicable au « village numérique » au titre de l'usage immatériel des œuvres, *D.* 1996, Chr. p. 131, n°14 ; ou pour une vision pessimiste d'Internet : D. Perrier -Daville, Internet, du rêve au cauchemar, *Gaz. Pal.*, doct. p. 2 fevr. 1996.

9 Fauchoux, M. Berguig, Dix ans du droit de l'Internet, Bilan du colloque du 6 juin 2006, *Légipresse* n°235, oct. 2006, p. 123.

un « instrument préhistorique »¹⁰, le minitel. On parlait encore moins d'un « droit d'Internet », mais plutôt, d'un droit de la télématique propre au minitel. Pourtant les problématiques liées à Internet commençaient déjà à être identifiées¹¹.

En 1996, les premières offres de fourniture d'accès au grand public sont apparues, les premiers jugements ne se sont fait attendre¹² et la première affaire concernant une atteinte au droit d'auteur sur Internet a été jugée cette même année¹³. Il est important de signaler, d'ores et déjà, que ces décisions ont été rendues sur la base de plusieurs fondements : le droit civil, le droit commercial ou la propriété intellectuelle. Cela démontre la faculté d'adaptation de notre droit classique, puisqu'à l'époque aucune règle spécifique ayant attiré aux litiges relatifs à Internet n'existait.

Depuis 1996, le développement du droit qui a accompagné celui d'Internet s'est surtout fait sous l'influence du droit communautaire. Les directives se sont ainsi multipliées dans des domaines touchant aussi bien au commerce électronique¹⁴, qu'à la sécurisation des transactions sur les réseaux informatiques¹⁵.

Actuellement, le droit lié à Internet doit affronter plusieurs difficultés qui lui sont propres. Ainsi, par exemple, la frontière entre l'internaute consommateur et l'internaute professionnel est souvent difficile à tracer¹⁶. De plus, concernant le droit de la consommation, il est étonnant de constater à quel point, faire la différence entre un contenu éditorial et un contenu publicitaire, n'est pas si aisée que cela (avec le développement des blogs¹⁷ ou des encyclopédies communautaires, comme par exemple Wikipedia), car les deux sont parfois si étroitement imbriqués, que l'un se présente sous l'apparence de l'autre.

A l'heure où à travers le monde, près de 1,4 milliards d'individus sont connectés à Internet¹⁸ ; à

10 *Ibid.*

11 Rapport de la Commission présidée par P. Sirinelli, *Industries Culturelles et nouvelles technologies*, Ministère de la Culture et de la Francophonie, Doc. fr, 1994. Les problématiques liées à la propriété intellectuelle ou encore les questions liées aux obligations à la charge des prestataires de service y étaient déjà abordées.

12 TGI Bordeaux, ord. de référé, 22 juil. 1996, *Atlantel*, concernant la contrefaçon de marque par un nom de domaine, disponible sur : www.legalis.net/legalnet/judiciaire/ord_0796.htm, comm. P. Deprez et V. Fauchoux.

13 TGI Paris, ord. de référé, 14 août 1996, *Brel et Sardou*, disponible sur , www.legalis.net/jnet/commentaires/comm_ord_tgi_paris_140896.htm, comm. M-H. Tonnelier et S. Lemarchand.

14 Directive du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en cas de vente à distance, transposée en France par l'ordonnance du 23 août 2001 ; directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique transposée par la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique.

15 Directive du 13 décembre 1999 sur la signature électronique, transposée en France par la loi du 3 mai 2000.

16 S'agissant par exemple de la vente sur des sites comme eBay où les vendeurs « professionnels » côtoient les « occasionnels ».

17 Sur ce problème particulier, G. Kessler, *Aspects juridiques du blog*, *D.* 2006, p. 446.

18 Selon une étude de *Internet world stats*, citée par Le Monde, L'anglais risque d'être détrôné de la toile, 14/10/2007, consulté sur le site : www.lemonde.fr/web/recherche_breve/1,13-0,37-1008730,0.html.

l'heure où les internautes ne sont plus de simples utilisateurs mais deviennent de véritables acteurs, les principales difficultés naissent de la coexistence du réseau et de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement du droit d'auteur. Les oeuvres pouvant être représentées sur internet sont de plus en plus diversifiées et de plus en plus facilement reproduites.

5/ Les oeuvres pouvant être représentées sur Internet. Toutes les œuvres énumérées par l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) peuvent être représentées sur Internet¹⁹. Ainsi, par exemple notre étude prendra en compte les atteintes au droit d'auteur lorsqu'il s'agira de photographie sur support numérique, ou bien lorsqu'une œuvre documentaire ou un article a été publié sur un site web.

Plus particulièrement, s'agissant d'Internet, les œuvres audiovisuelles²⁰ et les œuvres musicales se rencontrent quotidiennement sur le réseau (sans évoquer le *peer to peer*, il pourra s'agir de sites de plus en plus accueillants qui souhaitent la bienvenue aux visiteurs avec une mélodie, ou qui diffusent une musique de fond pendant la visite)²¹. Il n'est nul besoin de rappeler que la diminution de la taille des fichiers (format mp3 et suivants pour la musique, format mpeg4 et suivants pour les œuvres audiovisuelles, diffusion en streaming) et la quasi-généralisation du haut débit ont été des facteurs déterminants du développement de la représentation des œuvres sur Internet, et donc de l'augmentation des conflits qui en résultent. Il convient de signaler que les titulaires de droits peuvent les exercer indépendamment du type de support ou du média qui véhicule l'œuvre : une musique compressée en format mp3 est donc soumise à la loi, tant au niveau de la protection de l'auteur, qu'au niveau des droits accordés à l'utilisateur.

De même, les programmes d'ordinateur peuvent être téléchargés sur de nombreux sites²².

Plus généralement, toutes les œuvres graphiques protégées peuvent être photographiées ou numérisées et mises en ligne très facilement sur le réseau Internet. Elles présentent une qualité qui tend à la

19 Il s'agit, rappelons le, d'une liste ouverte et donc par conséquent non exhaustive, v. notamment en ce sens, CA Paris, 4ème ch, sect. B 15 févr. 2006, *Bellure c/ Beauté prestige international* : PIBD 2006, 830, III, 378.

20 Dont les applications sont nombreuses, il pourra s'agir de la diffusion d'une petite séquence audiovisuelle à la page d'accueil du site ou encore, la mise en place d'un lien qui permettra d'accéder à une œuvre protégée.

21 Technique de l'audio-streaming.

22 Concernant les programmes, une attention particulière doit être portée aux *freewares* et aux *sharewares*, fréquemment proposés sur le réseau. Les *freeware* sont des logiciels proposés gratuitement et les *sharewares* sont distribués gratuitement pendant une période limitée, afin de permettre à l'utilisateur d'évaluer le logiciel et d'acquiescer par la suite une licence en toute connaissance de cause. Contrairement à une idée reçue, ces œuvres n'appartiennent pas au domaine public et sont la plupart du temps protégées par des licences libres et peuvent donc, autant que les logiciels dits « commerciaux », faire l'objet d'une atteinte au droit d'auteur.

V. à ce sujet Y. Baily, la protection juridique des logiciels libres, disponible sur : www.droit-technologie/dossier-8/la.protection.juridique.des.logiciels.libres.html

perfection, et sont facilement constitutives d'atteinte au droit d'auteur.

6/ Les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet²³. Cette aisance dans la mise en ligne d'œuvres protégées est susceptible de porter atteinte à l'auteur de ces œuvres, mais aussi dans certains cas, à l'artiste-interprète ou au producteur. Notre sujet nous invite donc à envisager le droit d'auteur mais aussi les droits voisins du droit d'auteur. Il faut signaler au préalable que la numérisation n'a aucune incidence sur le principe même de protection d'une œuvre. Il ne s'agit que de vecteurs, de supports, et cela importe peu en droit français.

L'atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins sur Internet portera selon les cas sur les droits patrimoniaux, sur les droits moraux ou encore sur les deux à la fois.

Ainsi, les droits de représentation et de reproduction des articles L. 122-1 et s. du CPI peuvent être méconnus lorsqu'un tiers réalise l'exploitation d'une œuvre publicitaire sur Internet alors que la diffusion de celle-ci devait initialement être réalisée par des moyens traditionnels (affichage public par exemple), ou encore lorsqu'un tiers numérise une œuvre et la met à la disposition du public sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants-droit. A ce titre, ces atteintes seront constitutives d'un acte de contrefaçon sanctionné à la fois civilement et pénalement (L. 335-2 du CPI). En pratique, en droit d'auteur sur Internet ce sont les atteintes au droit de reproduction de l'auteur (article L. 122-3 du CPI)²⁴ qui sont les plus fréquentes, surtout devant les juges du fond²⁵.

Les prérogatives morales de l'auteur sont tout aussi vulnérables lorsque par exemple, l'œuvre est

23 Pour une vision globale des actes de contrefaçon et des atteintes au droit moral de l'auteur pouvant être commis sur Internet : L. Costes, Numérique et atteintes à la propriété intellectuelle : de quelques aspects principaux, *RLDI*, n° 21, nov. 2006, p. 66 ; V. Fauchoux, P. Deprez, *Le droit de l'Internet. (lois, contrats et usages)*, Litec professionnels, 2008, p. 46, n° 78 et s.

24 L. 122-3 CPI al. 1er : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »

25 Uniquement les affaires les plus célèbres :

pour la **contrefaçon d'œuvres musicales**, affaire *Sardou*, TGI Paris, réf., 14 août 1996, disponible sur : www.legalis.net/jnet/commentaires/comm_ord_tgi_paris_140896.htm ;

pour la **contrefaçon d'œuvres littéraires**, affaire *Queneau*, TGI Paris, 5 mai 1997, *Queneau c/ Leroy et a.*, disponible sur : www.juriscom.net/jpc/visu.php?ID=213 ;

pour la **contrefaçon d'œuvres photographiques**, affaire *Van Butsele*, TGI Beauvais, 31 oct. 2005, *Raphaël Van Butsele c/ Château & Country*, disponible sur : www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1525 ;

pour la **contrefaçon d'œuvres journalistiques**, affaire *Vecteur Plus*, CA Paris, 4ème ch. sect. B, 17 févr. 2006, *Vecteur Plus c/ SPQR et a.*, disponible sur : www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1608 ;

pour la **contrefaçon de créations de mode**, les affaires *First View*, par ex. TGI Paris, 1ère ch., sect. 1, 2 mai 2001, *Sté Viewfinder c/ SA Sté Christian Dior Couture*, disponible sur : www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=340.

diffusée sans mentionner le nom de l'auteur ou déformée en étant détournée de son objet premier (droit à la paternité et au respect de l'œuvre défini à l'article L. 121-1 du CPI). Le droit de divulgation de l'œuvre (article L. 121-3 du CPI) peut être atteint lorsqu'il s'agit par exemple d'inédits mis sur Internet par d'autres personnes que l'auteur ou ses ayants-droit.

Les droits voisins seront aussi touchés lorsque les droits des auteurs eux-mêmes seront atteints. Ainsi, par exemple, lorsque un texte est mis en ligne au mépris des droits de l'auteur, on peut imaginer que cela porte aussi préjudice à l'éditeur, tout comme la mise en ligne d'une musique sans le consentement de l'auteur, nuira certainement aussi à l'artiste-interprète. Les droits des auteurs et les droits voisins seront indissociablement envisagés tout au long de notre étude.

7/ Exclusion de la responsabilité contractuelle et la question du droit pénal. Comme nous venons de le voir, toutes les œuvres sont concernées par Internet dans le sens où elles peuvent être diffusées avec une grande facilité sur ce réseau. Les atteintes au droit d'auteur qui en résultent seront les mêmes que l'on se trouve sur Internet ou dans le monde physique. Ainsi, selon les cas, le fautif sera condamné sur la base d'une action pénale (contrefaçon pénale) ou d'une action civile (responsabilité civile nécessitant l'établissement d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux, ou responsabilité contractuelle qui implique la violation d'un contrat).

Il nous est apparu préférable de concentrer notre étude sur les problèmes posés par la détermination du tribunal compétent lorsque l'atteinte au droit d'auteur résulte d'un fait juridique, autrement dit lorsqu'elle est de nature délictuelle²⁶. L'exclusion de la responsabilité contractuelle se justifie par une certaine prévisibilité des litiges pouvant naître de la violation d'une obligation de telle nature²⁷, notamment au travers des clauses attributives de juridiction qui enlèvent tout intérêt à rechercher les critères de compétence juridictionnelle objectifs en cas de litige présentant un caractère d'extranéité.

La répression pénale de la contrefaçon sur Internet sera quant à elle évoquée. Le droit pénal obéit à

26 La CJCE a progressivement forgé une définition autonome et résiduelle de ce qu'il faut entendre par matière délictuelle. CJCE, 27 sept. 1988, *Kalfelis*, aff. 189/87 : *D.* 1989, somm. com. 254, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP*, 1989, 215, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 1989, 457, obs. A. Huet. Ainsi, « La matière délictuelle ou quasi-délictuelle au sens de l'article 5§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 de l'article 5§1 ». Nous reviendrons plus loin dans l'introduction sur le rôle joué par la Convention de Bruxelles et le règlement « Bruxelles I » en droit international privé.

27 L'autonomie de la volonté contractuelle (article 1134 du code civil) permet de régler plus facilement les litiges en prévoyant notamment la loi applicable et le tribunal compétent dans des clauses attributives de juridiction, lorsque le contrat est international.

des principes très différents du droit civil et de la propriété littéraire et artistique, concernant notamment la bonne foi (qui est indifférente en cas de contrefaçon civile, ou encore des aggravations de peine inhérentes au droit pénal²⁸). De plus, l'étude de la contrefaçon pénale, au regard de la compétence juridictionnelle internationale, s'inscrit d'avantage dans le cadre d'une étude de droit pénal des affaires ou de droit pénal international²⁹ que dans le cadre du droit international privé ou de la propriété littéraire et artistique³⁰. Néanmoins, il nous apparaît important de ne pas laisser de côté l'étude de la contrefaçon pénale dans l'ordre international et plus particulièrement sur Internet³¹ ; des développements seront donc consacrés à la recherche du for international compétent en ce domaine. La contrefaçon pénale, bien qu'obéissant à une logique distincte, trouve en effet son fondement textuel avant tout dans le Code de la propriété intellectuelle.

§2. Aspects de droit international privé

8/ Compétence juridictionnelle³², compétence législative et *exequatur*. Trois temps doivent être distingués lorsque l'on est en présence d'un litige présentant un caractère d'extranéité. Ainsi, avant d'entamer une procédure contentieuse³³, le demandeur devra répondre à trois questions. Tout d'abord, il devra identifier la juridiction compétente pour trancher le litige ; il devra ensuite « aider » le juge à déterminer la loi applicable à celui-ci ; et enfin s'assurer que la décision rendue soit reconnue et exécutée, c'est la question de l'*exequatur*. Ces trois temps, dans le cadre d'un litige international, devront être traités successivement. En effet, il est impossible de déduire systématiquement de la solution retenue pour la compétence judiciaire, la solution de la loi applicable.

Un auteur avait débuté l'introduction de sa thèse par ses lignes : « s'il fallait, en droit international

28 Pour les aggravations de peine, l'article L. 335-2 dernier al. CPI.

29 W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 6ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, p. 522, n°393 et s. pour ce qui est de la propriété littéraire et artistique ; A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 3ème éd., PUF coll. Thémis, 2005, p. 215, n°129 et s.

30 Les modifications des dispositions du CPI sur la contrefaçon pénale ont été introduites à l'occasion des réformes touchant au droit pénal et non pas au droit de la propriété littéraire et artistique. V. par ex. la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite « loi Perben II ») qui aggrave la répression en matière de contrefaçon en modifiant l'article L. 335-2 du CPI.

31 Comme c'est le cas de l'ensemble de la doctrine internationaliste qui a laissé ce soin aux pénalistes.

32 Il ne s'agira pas pour nous de rentrer dans des débats terminologiques trop poussés. Ainsi, les expressions « compétence juridictionnelle », « conflit de juridiction », « compétence territoriale », « détermination du tribunal compétent », « for compétent »...auront la même signification et seront indifféremment utilisées.

33 Le cas de l'arbitrage, justice non contentieuse et privée, doit être laissé de côté dans notre étude.

privé, trouver un point de départ stable et incontesté à partir duquel conduire une réflexion, on peut gager que l'indépendance du conflit de loi et du conflit de juridiction pourrait fort bien faire l'affaire »³⁴. Effectivement, pour la majorité de la doctrine (plus ancienne³⁵ ou celle d'aujourd'hui³⁶), cette indépendance constitue la véritable clé de voûte du droit international privé qui repose pour l'essentiel sur la coexistence de ces deux notions³⁷. Mais si en théorie les deux conflits apparaissent comme distincts et successifs, en pratique ils sont parfois confondus. La confusion entre la loi applicable et le tribunal compétent se retrouve à deux niveaux. Tout d'abord, il est constant que dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, la loi applicable est tributaire du juge auquel on recourt. En France, depuis l'arrêt *Caraslanis*³⁸, le tribunal (à supposer qu'il s'estime valablement saisi) détermine la loi applicable au litige en fonction de ses propres règles nationales de conflit de lois ; d'où le passage obligé par la considération des règles de compétence juridictionnelle dans l'ordre international. Ensuite, et cela est plus gênant, certains juges du fond confondant les critères de rattachement des deux compétences³⁹, voient en l'une la conséquence logique de l'autre. Cette solution consiste à rechercher la souplesse et la simplicité là où elle ne peut pas exister, tant les logiques qui dictent la recherche du tribunal compétent et de la loi compétente paraissent antinomiques⁴⁰. En effet, les règles qui

34 E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflit de juridiction (étude de droit international privé)*, Bibl de dr. privé, t. n°298, L.G.D.J., 1999. p. 1, n°1.

35 A. Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1 Sirey, 1923, p. 127, n°46. Pillet distingue les questions relatives aux conflits de lois (p. 101, n°31) et celles relatives à la « *juridiction des tribunaux* » : « *Le droit de l'étranger d'ester en justice représente le premier point du domaine du droit international privé [...]. C'est la détermination du tribunal appelé à juger l'affaire qui fait naître le conflit de juridiction* » ; H. Battifol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t.1, L.G.D.J., 8ème éd. 1993, p.17, n°7 : Les éminents auteurs distinguent dans les premières pages, « *l'exercice des droits (conflit des lois) et la sanction des droits (conflit de juridiction)* ». Ils ne nient pas toutefois les implications réelles de l'un dans l'autre : p. 15, n°4 : « *il est indispensable, pour savoir quelle loi sera appliquée à une situation donnée, de rechercher quels juges sont compétents* ».

36 B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 5ème éd. 2008, p. 284, n°328 : « *Il serait tentant de penser que la compétence juridictionnelle en matière internationale se déduit de la loi applicable au fond de la question à juger. Mais on sait que la loi applicable à une situation et celle de la juridiction éventuellement compétente pour en connaître ne se confondent pas, parce qu'elles n'obéissent pas entièrement aux mêmes critères* » ; Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, 9ème éd., 2007 p. 600, n°439 : « *La distinction de la compétence judiciaire et de la compétence législative, demeure l'une des bases du droit international privé français* ». Même si plus loin, les auteurs tendent à nuancer cette opposition en parlant du « *courant réciproque qu'elles exercent l'une sur l'autre* ».

37 Cette indépendance a été rappelée à plusieurs reprises par la Cour de cassation, notamment, dans l'arrêt *Rougeron* : Cass. 1ère civ., 19 juin 1963 : *JDI* 1964. 555, note Sebag ; *Rev. crit. DIP* .366, note Loussouarn.

38 Sur le principe de la compétence « *lege fori* » : « *Caraslanis* », Cass. 1ère civ., 22 juin 1955 : *GADIP* 5ème éd., 2006, p. 255, n°27 ; *Rev. crit. DIP*, 1955. 723, note Battifol ; *D.* 1956. 73 note Chavrier ; *Journal des juristes hellènes*, 1956. 217, note Francescakis.

39 Relayés en cela par une doctrine minoritaire : C. Hébraud, De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître : *Rev. crit. DIP* 1968. 205.

40 A. Lucas, H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3ème éd., 2006, p. 829, n°1177: selon ces

gouvernent le conflit de juridiction n'ont pas une fonction réparatrice au contraire de celles qui gouvernent le conflit de lois. De plus, ces règles matérielles n'ont pas vocation à conférer compétence à des juridictions étrangères, elles répondent « simplement » à la question de savoir si les tribunaux nationaux sont compétents dans un type de situation donnée. En cela, comme le souligne M. Audit⁴¹, l'expression « conflit de juridiction » est trompeuse en ce qu'elle tend à dresser un parallèle, qui du moins en théorie, ne doit pas exister. Le fait est qu'en pratique, comme nous venons de le voir, « le procédé du conflit de lois s'introduit dans la matière du conflit de juridiction »⁴².

9/ Les règles actuelles de compétence juridictionnelle internationale en matière délictuelle. Les règles actuelles de compétence territoriale sont pour l'essentiel d'origine conventionnelle⁴³ et sont assez simples à exposer. C'est leur interprétation et leur application aux réseaux, comme nous le verrons plus loin, qui posera le plus de problèmes. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1966 en son article 5.3 (non modifié sur ce point par le règlement communautaire « Bruxelles I » du 22 décembre 2000) énonce qu'en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, le tribunal compétent est celui du « lieu où le fait dommageable se produit »⁴⁴. Cette disposition lapidaire a été interprétée par deux importantes décisions de la CJCE rendues sur renvoi préjudiciel⁴⁵.

Tout d'abord, la décision *Mines de potasse d'Alsace*⁴⁶ par une lecture bicéphale⁴⁷ de la disposition, donne la possibilité à la victime d'agir soit devant les tribunaux du fait générateur du dommage (« lieu de

auteurs, l'avantage de la confusion était triple, celui d'éviter le choix *a priori* de telle ou telle loi ; celui de la possibilité laissée à l'auteur de choisir le pays dont la protection était la plus forte ; celui de la simplification du travail pour le juge, qui dès lors qu'il était compétent, appliquait systématiquement sa propre loi.

41 B. Audit, *Droit international privé, op. cit.* (note 36), p. 282, n°326

42 H. Battifol, P. Lagarde, *Traité de droit international, op. cit.* (note 35) p.14 n°4.

43 Il est frappant de constater, que ni la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1986, ni la Convention universelle sur le droit d'auteur du 24 juillet 1971, signée à Genève le 6 septembre 1952, ne se sont préoccupées du sujet, alors qu'elles l'ont largement abordé en ce qui concerne la compétence législative.

44 En réalité, à ce niveau déjà, l'article offre un choix au demandeur, puisque celui-ci, outre le fait qu'il puisse agir devant le tribunal « du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire », peut toujours agir devant le for « de droit commun », c'est à dire le tribunal du défendeur (article 2 du Règlement). V. à ce sujet, D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1, PUF, coll. Thémis, 2007, p.365, n°961.

45 Pour une vue d'ensemble du mécanisme du renvoi préjudiciel, J.-M. Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Giuliano éditeur, 5ème éd, 2005, p. 521, n°552 et s.

46 CJCE, 30 nov. 1976 : *Rec CJCE*, p. 1735 ; *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 463, note P. Bourel ; *Rev. jurid. de l'environnement*, 1977.323, note A. C. Kiss.

47 Il s'agit en réalité, d'une sous-option. La première option consistant pour la victime à choisir entre le for du défendeur ou celui « du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

l'évènement causal »), soit devant le lieu de la survenance du dommage⁴⁸.

Puis, la décision *Fiona Shevill*⁴⁹ a donné lieu à deux précisions fondamentales. En l'espèce, à la suite d'une diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs États, la Cour a interprété l'article 5.3 comme permettant à la victime d'agir soit devant les juridictions de l'État dans lequel se situe l'éditeur, soit devant les juridictions de tous les autres États où le journal diffamatoire a été diffusé. La seconde précision importante vient du fait que la Cour distingue entre la réparation intégrale et la réparation partielle des dommages subis. La victime pourra en effet prétendre à la réparation de l'intégralité des dommages si elle agit devant les tribunaux de l'Etat de l'établissement de l'éditeur, ou à la réparation des seuls dommages causés dans l'Etat où les journaux ont été diffusés. La distinction entre la compétence intégrale et la compétence partielle sera au cœur de notre étude, et il s'agira pour nous de dégager les critères objectifs pouvant fonder ces deux compétences.

En droit interne, le calque de l'article 5.3 du règlement « Bruxelles I » est l'article 46 du Nouveau code de procédure civile⁵⁰. Alors que le texte communautaire s'applique à un litige entre européens, l'article 46 du Nouveau code de procédure civile s'applique à l'occasion d'un litige entre une personne de nationalité française et une personne non ressortissante de l'Union européenne.

§3. Difficultés conceptuelles liés à l'immatérialité d' Internet

10/ Immatérialité et territorialité. La confrontation entre l'immatériel (avec ce qu'il comporte d'insaisissable) et le siège même de l'État, la territorialité (qui est la représentation même de l'idée d'un ancrage) peut paraître paradoxale mais non contradictoire puisque l'un ne met pas *a priori* l'autre en péril.

La contradiction apparaît en revanche lorsque l'immatériel prend la forme de flux, comme c'est le cas d'Internet. Ainsi, l'État exerce-t-il encore un contrôle sur ce flux ? La solution ne se situe plus alors au niveau de l'État, mais bien dans la recherche d'autres modes de régulations (transnationales). C'est au droit international qu'il est alors dévolu de régler les conflits. Mais l'application des règles de droit international ne signifie pas qu'il y a désengagement de l'État en tant que régulateur. En effet, « le territoire sert de cadre pour

48 Il est à signaler que le nouveau code de procédure civile, en son article 46 reprend la même formule pour la compétence nationale.

49 CJCE, 7 mars 1995 : *Rev. crit. DIP* 1996, p. 487, note P. Lagarde ; *D.* 1996, p. 61, note G. Parléani.

50 « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur [...] en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi [...] ».

l'exercice des compétences nationales et sert de point d'appui pour l'exercice des compétences internationales »⁵¹.

11/ L'autonomie du « droit d'Internet ». L'utilisation d'Internet confère-t-elle une spécificité telle que les règles juridiques existantes seraient impuissantes parce qu'inadaptées ? Il ne faut pas selon nous conclure à une lacune de la loi, à un vide juridique, qui n'existe au demeurant jamais, mais plutôt, utiliser les règles existantes en les transposant à la problématique des réseaux. L'objet de notre discours va donc se limiter à constater la nécessité d'adapter les règles existantes mais aucunement à proposer un corps nouveau de règles propre à Internet. Rappelons à cet égard la limpide mais au combien juste formule du doyen Carbonnier : « Ne légiférer qu'en tremblant »⁵².

§4. L'approche du sujet

12/ Enjeux théoriques. Par définition, il est admis que les règles de compétence juridictionnelle, sont des règles matérielles, répondant à la seule question de savoir si les tribunaux nationaux sont ou non compétents. S'agissant du droit d'auteur sur Internet, une multitude de règles se sont succédées pour tenter de répondre à cette question. L'enjeu est simple à exposer : il s'agit de déterminer le ou les critères objectifs et stables de compétence juridictionnelle internationale afin de démontrer que le droit international privé est apte à saisir la complexité des réseaux⁵³.

13/ Enjeux pratiques. Les enjeux pratiques sont nombreux, la détermination d'une règle de compétence juridictionnelle implique nécessairement de mettre en balance plusieurs intérêts distincts. Cette recherche du tribunal compétent ne doit pas tout d'abord méconnaître la fondamentale protection de la victime des agissements fautifs⁵⁴ ; elle doit aussi être inspirée par le souci d'une bonne administration de la justice⁵⁵.

51 H. Ruiz Fabri, *Immatériel, territorialité et État*, op. cit. (note 1), p. 193 [187-212], 1999.

52 J. Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J., 9ème éd., 1998, p. 47.

53 Les délits liés aux réseaux présentent quasi-systématiquement un élément d'extranéité. En cela, ces délits sont l'exemple même de ce qu'est un « délit complexe ». Un délit est « complexe » lorsque ses éléments constitutifs (fait générateur ou dommage) ne se localisent pas sur un seul territoire.

54 Il est par exemple souvent préférable pour une victime française de voir son affaire être plaidée en France plutôt qu'aux États-unis, du fait notamment des coûts qu'engendre un procès américain.

55 Qui plaide pour une certaine prévisibilité de la solution retenue.

Cet équilibre semble donc exclure qu'un for (d'un pays donné) se reconnaisse comme universellement compétent pour juger des atteintes au droit d'auteur sur Internet⁵⁶.

A l'inverse, une compétence trop large (une multitude de for compétents) comme cela a pu être le cas en matière de responsabilité en droit des transports aériens (Convention de Varsovie, solution atténuée depuis par la Convention de Montréal) ne semble pas être une bonne solution non plus. Elle méconnaîtrait l'exigence de prévisibilité et inciterait au *forum shopping*⁵⁷. La solution d'équilibre semble donc avoir été trouvée au niveau européen (Règlement Bruxelles 2000 et son interprétation par la CJCE *Mines de potasse et Fiona Shevill*). Mais cette solution peut-elle être aussi facilement transposée aux délits commis sur les réseaux?

14/ Le droit comparé, une aide indispensable. Le réseau internet est par définition un réseau décentralisé et international, ainsi lorsqu'une œuvre est diffusée au mépris du droit d'auteur sur internet, le litige présente très fréquemment des éléments d'extranéité. À l'opposé, le droit international privé n'est pas un droit unifié, on peut parler d'un droit international privé propre à chaque famille juridique, voire même, à chaque État pris individuellement. Ainsi, la dimension planétaire des réseaux nous impose de dépasser le cadre français ou européen. L'approche comparatiste est seule à même de rendre compte de la complexité de la matière, mais aussi de nous permettre de comprendre les nouvelles propositions de règlement des litiges⁵⁸ et de proposer à notre tour des solutions cohérentes.

Le droit international privé américain sera donc à ce titre, le principal « interlocuteur » de notre étude (même si le droit français, et plus généralement continental, concentrera l'essentiel de nos efforts d'analyse).

Il ne s'agira pas pour nous de rechercher un « modèle idéal » (qui est d'ailleurs impossible aussi bien dans l'univers d'Internet que dans notre monde physique) dans l'un ou l'autre des systèmes juridiques. Tout au contraire, il s'agira d'appréhender l'autre afin de mieux se connaître soi-même. Autrement dit, « il s'agit de connaître l'existence d'autrui, de saisir par l'esprit la différence entre soi et l'autre, et d'opérer ainsi une relation entre les différentes règles à travers leurs traits caractéristiques »⁵⁹

56 Comme cela est parfois le cas en matière de crime contre l'Humanité. *Infra* n° 20.

57 *Infra* n°31.

58 Tel que le rapport définitif de l'*American Law Institute* sur le conflit de lois et de juridictions confrontés à Internet : *American Law Institute, Intellectual property : principles governing jurisdiction, choice of law, and judgements in transnational disputes, proposed final draft, 30 mars 2007* : www.ali.org/doc/2007_intellectualproperty.pdf. *Infra* n° 61 à 68.

59 P. Legrand, *le droit comparé*, 1ère éd., PUF, coll. « Que sais-je? », 1999, p. 2.

15/ Orientations de notre étude. Bien que consacrée au droit d'auteur dans son acception large (incluant les droits voisins), notre étude s'efforcera de tracer un double parallèle. Celui tout d'abord des différentes législations, mais aussi celui des autres droits de la propriété intellectuelle (les marques et les brevets), le droit du commerce électronique et le droit de la concurrence. En effet, la question de la détermination du tribunal compétent est une question fondamentale qui nous amène à nous intéresser non seulement aux solutions retenues en droit d'auteur, mais aussi à toutes celles qui se rapportent à ses branches « voisines ». Ce tissage nous permettra de répondre à une question essentielle, à savoir si les solutions retenues dans ces différentes branches peuvent ou non être transposées dans celle qui nous intéresse le droit d'auteur.

16/ Problématique. La définition, l'intérêt, et les enjeux du sujet ainsi dégagés, il s'agira pour nous de rechercher *quels critères de rattachement peuvent être retenus afin que les tribunaux d'un pays donné soient légitimement reconnus compétents pour connaître d'une atteinte au droit d'auteur sur Internet ?*

17/ Plan. Il apparaît que les critères de compétence actuels sont inefficaces car inadaptés à la problématique des réseaux (**PARTIE 1**), ce constat nous amène tout naturellement à essayer d'adapter et d'améliorer le dispositif actuel pour le rendre apte à appréhender les litiges relatifs à l'atteinte au droit d'auteur sur la « toile numériques » (**PARTIE 2**) .

PREMIÈRE PARTIE :

INEFFICACITÉ DES CRITERES DE COMPÉTENCE ACTUELS À

L'ÉPREUVE DES RÉSEAUX

18/ Plan. Comme nous venons de le voir, à l'ère de la révolution numérique, l'enjeu majeur a été de trouver des critères de rattachement juridictionnels objectifs. La doctrine, relayée par la jurisprudence, a proposé successivement deux critères pouvant remplir ce rôle, le premier relevant de la simple accessibilité et se caractérisant par une compétence universelle (**chapitre 1**) et le second trouvant son fondement dans la notion de public visé (**chapitre 2**). Tous allons démontrer l'insuffisance de ces deux critères.

CHAPITRE PREMIER : LE REJET DE LA COMPÉTENCE

UNIVERSELLE

19/ Plan. La compétence universelle, qui n'est pas propre aux litiges nés sur les réseaux, a été qualifiée par certains auteurs comme étant un « excès de compétence internationale »⁶⁰. Elle a pourtant reçu un accueil très favorable dans la jurisprudence française, jusqu'à être consacrée en 2003 par la juridiction suprême (**section 1**) ; cette dernière décision, tout comme les nombreuses décisions de fond qui l'ont précédé, ont été vivement critiquées par l'ensemble de la doctrine aussi bien en droit d'auteur qu'en droit international privé. Ces critiques ont conduit au rejet, quasi unanime aujourd'hui, de la théorie de l'accessibilité (**section 2**).

Section 1. La consécration de la théorie de l'accessibilité

20/ L'origine de la théorie et sa transposition douteuse à Internet. La théorie de l'accessibilité s'agissant d'Internet est semblable à la théorie de l'universalité, ou de la compétence dite universelle. La compétence universelle⁶¹ est très bien connue des pénalistes car elle recouvre en règle générale les crimes les

60 D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.* (note 44), p. 82, n°62 et s.

61 Il serait plus judicieux de parler d'« exception » de compétence universelle. En effet, cette compétence est dérogatoire à plusieurs principes généraux de droit international privé, quasi-unanimement admis : l'État est compétent pour juger les crimes commis sur son territoire ; l'État est compétent pour connaître des crimes commis par ses nationaux ; l'État est compétent pour connaître des crimes commis à l'encontre de ses nationaux ; l'État est

plus graves. A l'origine, elle a été instaurée pour capturer et punir les pirates, qui agissent la plupart du temps sur des territoires sur lesquels les États n'ont pas d'emprise directe (en pleine mer) ou encore lorsque leurs déplacements rendent difficile leur capture. Par la suite, cette théorie a été transposée aux modes de piraterie moderne⁶², et après la seconde guerre mondiale aux crimes les plus graves⁶³. Avec l'apparition d'Internet, les juges ont très tôt été séduits par cette théorie et n'ont alors pas hésité à la transposer à la détermination du tribunal compétent sur les réseaux.

21/ Les premières décisions du fond. On fait souvent remonter la consécration de cette théorie à la fameuse décision *Yahoo !* du 22 mai 2000⁶⁴. En réalité d'autres décisions l'avaient déjà consacrée bien avant, et notamment le jugement du TGI de Draguignan du 21 août 1997⁶⁵ qui a décidé que les tribunaux français sont compétents pour connaître « d'actes réalisés à partir d'un site sur Internet, accessibles en tous points du territoire français ».

L'affaire *Yahoo !* est celle qui a eu le plus de retentissements et mérite en cela d'être présentée. Le juge des référés près le TGI de Paris s'est reconnu compétent pour juger la société de droit américain *Yahoo !* au motif que le site était accessible du territoire français. Ce site permettait la visualisation en France d'objets nazis et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une exposition-vente de ces objets. Malgré l'engouement qu'il a eu, ce jugement n'est pas le plus significatif pour notre étude. La publicité qu'il a

compétent pour juger les crimes qui portent atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation.

62 Par ex. Convention de 1970 portant sur la répression de la capture illicite d'aéronef.

63 A l'image des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949. Ces dernières prévoient que les Hautes Parties Contractantes « s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention [...]. Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. » (Articles 49, 50, 129 et 146 communs, complétés par l'article 85 Protocole I).

64 TGI Paris, 22 mai 2000. Parmi les nombreux commentaires, v. par ex. V. Sédallain, Commentaire de l'affaire *Yahoo ! Inc.*, *Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, nov. 2000, n°130 ou comm., disponible également sur www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm ; D.-A. Laprès, l'exorbitante affaire *Yahoo !* : *JDI*, 2002.975.

Les tribunaux américains rejettent par la suite la compétence universelle du juge français, et refusent de prononcer l'*exequatur* : *Yahoo vs. LICRA, UEJF, U.S.C.A. California for the 9th circuit*, (2006), comm. : l'affaire *Yahoo !* A l'épreuve du 9^{ème} circuit : tout vient à point à qui sait attendre, *RLDI*, mars 2007, p. 42, comm. 412, O. Hugot : « La Cour décide de rechercher si les effets des agissements de l'UEJF et de la LICRA ont, ou peuvent avoir, des conséquences suffisamment importantes sur le territoire de l'État de la Californie ».

65 TGI Draguignan, 21 août 1997, *Commune de Saint-Tropez / Eurovirtuel : Expertises*, oct. 1997. La décision a certes été rendu en application du droit interne (article 46 du NCPC) et non sur le fondement de la Convention de Bruxelles, mais elle mérite tout de même notre attention, puisqu'il s'agit en l'espèce d'une contrefaçon réalisée sur Internet.

pu recevoir vient surtout de l'ampleur médiatique qui l'a accompagné et du caractère particulier du délit, de plus, celui-ci ne porte pas sur la sanction d'un droit de propriété intellectuelle et encore moins du droit d'auteur. En revanche, le premier arrêt de la Cour de cassation à ce sujet revêt pour nous une importance toute autre.

22/ Un arrêt de la cour de cassation. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 décembre 2003⁶⁶ a donc été le premier à se prononcer sur la compétence des juridictions françaises en matière de contrefaçon d'une marque sur un site Internet étranger. L'arrêt dit *Roederer* (du nom de la société titulaire de la marque contrefaite) affirme pour la première fois le principe de la compétence des tribunaux français du simple fait de l'accessibilité du site internet en France. Sans ambiguïté aucune, la Haute juridiction refuse d'examiner d'autres critères de compétence que celui de l'accessibilité. Pourtant, en l'espèce, le site était intégralement rédigé en langue espagnole et ne comportait pas d'offre à destination du public français.

23/ La jurisprudence américaine. Contrairement à la jurisprudence française, la jurisprudence américaine ne s'est jamais engagée dans la voie de la reconnaissance d'une compétence universelle en matière de contentieux sur Internet. En effet, les tribunaux américains ont été parmi les premiers à traiter des questions de compétence soulevées par les transactions sur Internet ; et les décisions prises en ce domaine peuvent selon nous indiquer la voie à suivre pour d'autres pays⁶⁷. En effet, depuis un célèbre arrêt de la Cour suprême de 1945⁶⁸, la jurisprudence américaine est quasi constante⁶⁹ pour considérer qu'un tribunal ne peut se déclarer compétent que si celui-ci a des points de contact minimum avec le for (« *minimum contacts* ») afin de ne pas heurter les « notions traditionnelles de *fair-play* et de justice ». Cette jurisprudence a été transposée aux conflits engendrés par le commerce électronique. D'ailleurs la Cour suprême a récemment

66 Cass. 1ère civ., 9 déc. 2003, n°01-03.225, *Roederer* : JurisData n°2003-021338 ; *D.* 2004, p. 276, obs. C. Manara ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 40, note Caron ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 632, note O. Cachard.

67 *Infra* n° 46 - 51.

68 *International Shoe Co v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945) at 316, disponible sur : www.caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=326&invol=310

69 A l'exception notable de quelques décisions de première instance extrêmement isolées qui se réfèrent à l'accessibilité du site Internet pour le considérer actif et ainsi se déterminer compétent : *Inset Systems, Inc. vs. Instruction Set, Inc.*, F. Supp. 161 (D. c. Connecticut . 1996), Disponible sur : www.cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/inset.html

réaffirmé que la simple accessibilité ne constitue pas un chef de compétence suffisant⁷⁰.

24/ Transposition au droit d'auteur. Les décisions rendues en matière de contrefaçon de marque ou de droit à l'image sont parfaitement transposables au droit d'auteur puisque le critère de compétence objectif n'est pas tiré de la matière objet du litige, mais bien du support utilisé afin de commettre le délit, c'est-à-dire Internet. Ainsi, à ce stade du raisonnement du juge, il importe peu de savoir lequel des droits de la propriété intellectuelle ou des droits de la personnalité est concerné. Selon nous, la transposition peut se faire sans difficultés⁷¹ (mais non sans critiques, comme nous le verrons plus loin⁷²). En effet, Internet apparaît comme un simple « moyen de communication, c'est-à-dire l'instrument de réalisation du délit »⁷³ indépendant des messages qu'il permet de véhiculer, indépendant de la matière, donc de la catégorie juridique en cause.

25/ Les avantages de la théorie. La facilité est évidente à la fois pour le juge et pour le demandeur. Le premier verra sa compétence acquise « par principe », dès lors qu'il aura établi le fait⁷⁴ que le demandeur aurait pu consulter le site Internet en France⁷⁵. Le demandeur (ou plus précisément son conseil) n'aura pas, lui non plus, à rechercher les critères qui lui permettront de fonder sa compétence pour agir devant les tribunaux français, le seul critère, déjà acquis, étant celui de l'accessibilité du site en France. De plus, le demandeur, en choisissant le juge de son pays, aura l'avantage de mieux connaître la loi du for et fera l'économie du déplacement et d'un procès qui pourrait s'avérer plus coûteux.

26/ Et aujourd'hui... Certaines décisions de fond minoritaires continuent à se déclarer compétentes du seul fait de l'accessibilité en France du site internet. Elles devraient donc, en cohérence avec les critiques que nous allons développer, être condamnées. Ainsi la Cour d'appel de Paris⁷⁶ a tout récemment jugé que, dès

70 *SF Hotel Company LP vs. Energy Investment et al* U.S. (1997). Décision et comm. Thomas A. Dickerson disponible sur : www.courts.state.ny.us/tandv/JurisdictionAndTheInternet.htm.

71 Celles-ci surviendront lorsqu'il s'agira de transposer les solutions retenues au regard du critère du public visé, *Infra* n° 35 à 43.

72 *Infra* n° 29 à 34.

73 E.-A. Caprioli, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Litec, 2002, p. 32, n°44.

74 Cela s'apparente d'avantage à une formalité qu'à une véritable preuve.

75 Il n'aura même pas besoin de considérer si le demandeur possède une connexion internet chez lui, la simple accessibilité du site à partir de n'importe quel ordinateur situé en France suffira.

76 CA Paris, 4ème ch., sect. B, 15 février 2008, *Association des Audionautes* : *Jurisdata* n°2008-359860.

lors que « le site internet [...] était accessible sur tout le territoire français » cela suffisait à fonder la compétence des tribunaux français. Deux autres décisions⁷⁷ rendues le même jour par la juridiction commerciale, ont elles aussi déduit leur compétence de la simple accessibilité du site Internet. Certains arrêts de la Chambre commerciale maintiennent aussi une certaine ambiguïté en considérant l'accessibilité du site comme un des critères fondant leur compétence⁷⁸.

Ces décisions, qui semblent être, rappelons le, à contre-courant de la jurisprudence actuelle, méritent quelques observations. En effet, on peut aisément nuancer la portée de ces attendus. Tout d'abord, il faut rappeler que la Cour de cassation n'a pas opéré de revirement de jurisprudence, tout au contraire, celle-ci a été confirmée à plusieurs reprises⁷⁹. Ensuite, dans les trois affaires citées, les réclamations en cause portaient sur des constats d'huissier reproduisant des pages de sites en français. Tout laisse donc à penser que le lien avec le territoire français semblait aller de soi pour les magistrats et que donc ces décisions ne vont pas complètement à l'encontre de la jurisprudence actuelle.

27/ La question du droit pénal. Il n'existe pas en droit pénal, de conflit de lois, ni de conflit de juridictions. En effet, seuls les juges répressifs français ont vocation à appliquer le droit pénal français pour les actes répréhensibles commis sur le territoire français⁸⁰. Une juridiction étrangère ne pourra pas dès lors appliquer le droit pénal français, et inversement, les tribunaux répressifs français ne pourront jamais faire application d'une loi pénale étrangère. L'article L. 113-2 du Code pénal est sans ambiguïté : « 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 que l'un de ces faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Cette absence de conflit dans la détermination de la loi et de la juridiction a pour conséquence

77 T. com. Paris, 30 juin 2008, *Christian Dior Couture* : *Jurisdata* n°2008-364501 ; *JCP G* 2008, II, 10168, note X.

Vuitton ; T. com. Paris, 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier* : *Comm. com. électr.* 2008, chron. 8 ; *PA*, 3 nov. 2008, p. 3, note A. Malan.

78 Cass. com., 20 mars 2007 : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 150, obs. Malaurie-Vignal.

79 Par ex. CA Paris, 4ème ch., sect. A, 26 avr. 2006, *Fernand S., Normalu / Acet*, décision disponible sur www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1653. La cour a écarté la compétence du juge français au motif 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 des faits ou actes et le dommage allégué » ; cette motivation a été reprise presque à l'identique par CA Paris, 4ème ch., sect. A, 6 juin 2007, décision disponible sur : www.lasic.fr/public/cspla/36.pdf.

80 Rappelons à ce sujet, que le règlement Rome II concernant le droit applicable, ne concerne que les matières civiles et commerciales.

l'unicité des critères de compétence. Autrement dit, l'application de la loi française détermine simultanément la compétence des tribunaux français. S'agissant néanmoins de la compétence juridictionnelle des tribunaux répressifs, il convient de faire une distinction selon que l'infraction a été commise en France ou à l'étranger.

Ainsi, les juridictions répressives françaises sont toujours compétentes pour juger les auteurs des infractions commises sur le territoire français. Ces tribunaux seront par conséquent compétents pour juger des infractions pénales au droit d'auteur commises sur Internet dès lors que « l'un des faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire »⁸¹. En revanche, lorsque l'infraction est commise hors de la France, les juridictions françaises sont uniquement compétentes si la loi pénale française est applicable ou si une convention internationale donne compétence à la loi française pour connaître du motif de l'infraction⁸². Mais ces exceptions de compétence ne sont prévues que pour les crimes les plus graves⁸³ ce qui exclut donc que des tribunaux français s'estiment ainsi compétents pour connaître de la contrefaçon du droit d'auteur sur Internet. En effet, ce n'est que dans les hypothèses les plus graves que la préservation de l'ordre public implique le recours systématique aux tribunaux de l'ordre juridictionnel français.

28/ L'accessibilité, critère de compétence des juridictions pénales. Comme nous venons de le voir, en droit pénal, la compétence des tribunaux français est déterminée en fonction de la loi applicable, et celle-ci sera la loi française dès lors l'un des faits constitutifs de l'infraction a eu lieu sur le territoire français (article L. 113-2 du Code pénal). La loi pénale française a donc vocation à s'appliquer à des situations qui ne seront que partiellement réalisées sur le territoire français. Ainsi, plusieurs critères (qui ne sont qu'indicatifs et non pas cumulatifs) peuvent être dénombrés. Pour que l'infraction soit réputée commise en France, il suffira que la reproduction illicite soit conçue, introduite sur le réseau ou simplement rendue accessible en France. Il s'agit bien ici de la consécration du critère de l'accessibilité s'agissant de la loi applicable, étant donné que toute information ou reproduction est du fait du support⁸⁴ accessible en France. Il faut donc en déduire que la loi pénale française (et par prolongement la compétence des juridictions répressives françaises⁸⁵) est

81 Article L. 113-2 du Code pénal.

82 Article 689 du Code de procédure pénale : « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ».

83 Comme la Convention contre la torture et autres traitements cruels et inhumains, adoptée à New-York le 10 décembre 1984, rappelée à l'article 689-2 du Code de procédure pénale.

84 Internet.

85 L'absence de conflit (de lois ou de juridictions) rend possible l'alignement des solutions retenues pour la compétence législative sur la compétence juridictionnelle.

applicable quelle que soit l'origine de la reproduction illicite, sous réserve toutefois, que la qualité de victime de la personne française ou étrangère qui agit devant les tribunaux français soit établie.

L'application du critère de l'accessibilité se justifie aisément en droit pénal par l'objet même du procès pénal. Ce dernier n'a pas comme fondement premier (à la différence du procès civil) la réparation du préjudice subi par la victime. Le procès pénal, conduit et orchestré la plupart du temps par le ministère public, est organisé dans le but de protéger et d'indemniser la société. La nature de la sanction et des conséquences du procès pénal lui donnent une gravité particulière par rapport au procès civil. Il est donc tout à fait légitime que cette nature particulière du droit pénal, le fasse échapper au conflit de lois et de juridictions, et que le critère de l'accessibilité soit retenu pour déterminer la compétence des tribunaux répressifs français. L'acceptation de ce critère est en revanche critiquable s'agissant de la détermination du tribunal en cas d'atteinte civile au droit d'auteur.

Section 2. Le rejet de la théorie de l'accessibilité

29/ Critiques et résistance de certaines juridictions du fond. Mis à part le cas particulier du droit pénal, le critère de la simple accessibilité déterminant la compétence des juridictions françaises, a été vivement critiqué en doctrine⁸⁶.

De plus, conscientes des inconvénients d'un tel système, certaines juridictions ont détourné le raisonnement utilisant le critère de l'accessibilité du site depuis le territoire national pour fonder leur compétence, mais en refusant toutefois de le considérer comme satisfaisant pour démontrer l'existence de la contrefaçon sur ce territoire⁸⁷. Ce critère pose donc de réelles difficultés théoriques et pratiques.

30/ Problèmes liés à l'*exequatur*⁸⁸. Une des plus grandes faiblesses de cette théorie est bien entendu la

86 A l'image par exemple de B. Fauvarque-Cosson, qui y voit un réel risque de *Forum shopping* et une absorption du conflit de juridiction et du conflit de lois : « il y a plus grave : forts de cette compétence, les juges français appliquent la loi française, généralement sans prendre la peine de vérifier si la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère. La compétence législative est ainsi liée à la compétence judiciaire facilement acquise » : *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque du 19 et 20 nov. 2001, Bruylant, Bruxelles, 2002. p. 57.

87 TGI Créteil, 2 mars 2004, *Monsieur F. L. et Sté Smileyworld Limited c/ Yahoo France et Yahoo Inc.*, disponible sur : www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=484

88 Parfois le terme *exequatur* est remplacé par « reconnaissance et exécution des jugements ». La différence entre les deux notions est selon nous trop ténue pour que nous les distinguions. L'*exequatur* est l'ordre par lequel le jugement rendu à l'étranger peut être exécuté, c'est-à-dire, mis en oeuvre, dans le pays de la partie condamnée. Il

difficulté de faire exécuter le jugement lorsque l'affaire a été jugée sur le territoire français et qu'elle exige de la part d'autres pays d'exécuter le jugement. Les problèmes liés à l'*exequatur* ne sont pas nouveaux et propres à Internet, les conditions de sa mise en oeuvre ont d'ailleurs été facilitées et uniformisées au sein de l'Union Européenne par la Convention de Bruxelles de 1968, devenue le règlement 44/2000⁸⁹. En revanche, s'agissant de l'exécution des jugements dans d'autres pays que ceux de l'Union Européenne, de réelles difficultés subsistent. Elles sont d'autant plus visibles lorsque le jugement a été prononcé par un tribunal qui s'était reconnu compétent en vertu d'un critère de compétence universel, comme cela a été le cas pour l'affaire *Yahoo !*. Ainsi, en dépit d'une décision favorable du juge français en faveur des victimes (TGI Paris, ord. réf., 11 août 2000), celles-ci ne pourront pas obtenir du juge américain l'*exequatur* de la décision obtenue en référé. Une Cour américaine du district Nord de Californie, division de San José (saisie par une société de droit américain, la société *Yahoo. Inc*) a rendu un jugement déclaratoire, en vertu duquel l'ordonnance du TGI de Paris ne pourra bénéficier d'aucune exécution⁹⁰. L'insécurité juridique qui en résulte est d'autant plus grande puisqu'un demandeur ayant obtenu gain de cause ne pourra pas en pratique voir la décision du juge exécutée.

31/ Une insécurité juridique. L'insécurité juridique est sans aucun doute liée à un risque bien connu en droit international privé, celui du *Forum shopping*, expression issue d'un mélange de néo-latin et d'anglais signifiant « le marché des tribunaux »⁹¹. Le risque du *Forum shopping* est d'autant plus accru sur Internet que la tentation est forte de localiser une partie de l'activité proscrite dans un pays qui présenterait un avantage pour le demandeur ou même pour le défendeur (pays de mise sur le réseau de l'oeuvre, celui de sa reproduction illicite ou encore celui de sa réception). En effet, le *Forum shopping* pourrait s'exercer à deux niveaux. Tout d'abord, la victime pourrait saisir le *for* (par définition compétent du fait de l'accessibilité au

est rendu par un juge de l'Etat où réside la partie condamnée. Bien que le règlement communautaire « Bruxelles I » du 22 décembre 2000 parle dans le 3ème chapitre de « reconnaissance et exécution » des jugements, nous emploierons indifféremment les deux notions.

89 Art. 33.1 : « Les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ». Art. 38.1 : « Les décisions rendues dans un Etat membre et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée ».

90 E.-A. Caprioli, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, op. cit. (note 73), n°49, p. 36. D'après une traduction libre de l'auteur, le juge a considéré que « si une partie hypothétique était présente physiquement en France et s'engage dans un discours illégal en France mais légal aux États-Unis, il est peu probable qu'un tribunal américain applique ou même se pose la question de l'applicabilité de la loi française, au comportement de cette partie ».

91 Traduction libre.

contenu contrefait à partir de celui-ci) qui lui est le plus favorable, celui où les exigences en matière de preuve sont les plus souples, ou bien celui où le coût du procès est le moins élevé, par exemple. A l'inverse, on pourrait concevoir qu'un contrefacteur particulièrement prévoyant soit tenté de prévenir, ou tout du moins de limiter, les sanctions de ses actes en essayant de les cantonner aux pays dont les juridictions ou le système procédural sont plus souples ou notoirement inefficaces⁹². Mais, il faut avoir à l'esprit qu'en pratique, le justiciable français, pour des raisons de simplicité, préférera souvent saisir les juridictions françaises lorsque celles-ci pourront se reconnaître compétentes⁹³. De plus, et c'est là une limite naturelle à la compétence universelle, le juge français hésite à réparer l'intégralité des dommages survenus à l'étranger, ce qui s'avère être un « désavantage compétitif pour les justiciables français »⁹⁴.

32/ Une limite naturelle à la compétence universelle : la question de l'étendue de la compétence du for. Il faut bien avoir à l'esprit que, même lorsque les tribunaux français se déclarent compétents au seul motif que le site Internet qui méconnaît le droit d'auteur est accessible en France, leur compétence est limitée. En effet, le tribunal qui aura été saisi n'est compétent que pour connaître et éventuellement réparer le dommage subi en France. On en revient ici à la distinction essentielle entre réparation intégrale et réparation partielle retenue par l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1966, et précisée par la décision de la CJCE, *Fiona Shevill*⁹⁵. Ainsi, seul le tribunal du lieu de domicile du défendeur ou du lieu du fait générateur, sera compétent pour réparer l'intégralité du préjudice. La jurisprudence française s'est totalement alignée sur la position de la CJCE⁹⁶. Cette limitation est une faiblesse supplémentaire de la théorie de la compétence universelle.

33/ Une négation du droit international privé. D'une façon générale, admettre la compétence universelle, c'est nier l'existence du conflit de juridictions en droit international privé. Comme nous l'avons vu⁹⁷, pour le droit pénal, l'application du critère de l'accessibilité (qui se justifie pour cette matière) efface

92 Cette dernière hypothèse est sans doute un cas d'école et est difficile à mettre en oeuvre du fait de la quasi-universalité du réseau Internet, même dans les pays les plus pauvres. Mais, l'exemple est tout de même révélateur des limites du critère de la simple accessibilité pour déterminer le tribunal compétent.

93 V. Fauchoux, P. Deprez, *Le droit de l'Internet (lois, contrats et usages)*, op. cit. (note 23), n°453, p. 296.

94 P. Thieffry, *Commerce électronique : droit international et européen*, Litec, 2002, n°496, p. 214.

95 *Supra* n° 9.

96 Par ex. Cass. 1^{er} civ., 16 juil. 1997 : *JCP E* 1997, pan. 1087.

97 *Supra* n° 27-28.

toute incertitude quant à la compétence juridictionnelle des tribunaux répressifs français. Ces derniers sont compétents sans qu'il soit nécessaire de recourir au mécanisme du conflit de juridictions. Ce raisonnement ne peut pas être étendu au droit international privé. Le conflit de juridictions s'oppose au conflit de lois en ce qu'il édicte des règles substantielles qui tranchent directement le litige. Ainsi, en présence d'un litige international, il faut nécessairement recourir à une règle de conflit pour déterminer le tribunal compétent en toute objectivité. À défaut de critères objectifs uniformes pour tous les pays, il faut s'appuyer autant que possible sur des critères de compétence logiques en fonction à la fois de la matière concernée et éventuellement du support utilisé (dans notre cas Internet). Admettre la compétence universelle sur le seul fondement de l'accessibilité, c'est nier la particularité de la matière concernée (la propriété intellectuelle et le commerce électronique au sens large) et le vecteur utilisé (Internet qui est par nature universel). Ces particularités justifient selon nous le rejet de ce critère de compétence.

34/ Revirement de jurisprudence et émergence d'un nouveau critère de compétence. Toutes ces insuffisances avérées du critère de l'accessibilité ont conduit la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence par l'arrêt *Hugo Boss* de la chambre commerciale du 11 janvier 2005⁹⁸. Cette arrêt concernait en premier lieu le droit des marques et non le droit d'auteur, mais il doit tout de même retenir notre attention puisque de nombreuses décisions s'en sont inspirées pour transposer au droit d'auteur la solution retenue. En l'espèce, la société *Hugo Boss*, après avoir agi en contrefaçon de marque contre la société *Reemtsa*, demandait aux juridictions françaises la levée de l'astreinte assortissant l'interdiction de faire tout usage de la marque « *Boss* », prononcée à l'encontre de cette dernière par les premiers juges. La Cour d'appel a rejeté cette demande en relevant que le site Internet, rédigé en langue étrangère et sur lequel était reproduit illicitement la marque en question, ne visait pas le public français et donc de ce fait les produits n'étaient pas disponibles en France. De ce fait, les actes de contrefaçon n'étaient pas constitués sur le territoire français.

La Cour de cassation a suivi le raisonnement de la cour d'appel et a donc considéré que le site Internet n'avait pas vocation à viser le public français. Elle a mis en avant un nouveau critère de compétence : celui du public visé. Ainsi, un site Internet, même accessible du territoire français (*sic*), ne conditionne pas la compétence des tribunaux français. La compétence du for sera alors déterminée en fonction d'un nouveau critère, plus mouvant donc plus souple, mais aussi davantage empreint d'objectivité. La question se pose

98 Cass. com., 11 janv. 2005, *Hugo Boss* : *Légipresse*, n°21, mai 2005, p.79, note J. Passa ; *JCP G*, 2005. II. 1055, note C. Chabert ; *Rev. crit. DIP*, 2004. 139, note H. Gaudemet-Tallon.

alors de savoir ce que signifie « viser un public ». L'arrêt du 11 janvier 2005 ne répond que partiellement à cette question. Le public visé semble recouvrir deux critères « internes » : en l'espèce le site n'était pas rédigé en français et les produits n'étaient pas disponibles à la vente en France. Ainsi, nous allons nous pencher sur le fait de savoir si ces mêmes critères peuvent être retenus pour déterminer le tribunal compétent en cas d'atteinte au droit d'auteur.

CHAPITRE SECOND : INADAPTATION DU CRITÈRE DU PUBLIC

VISÉ AU REGARD DU DROIT D'AUTEUR

35/ Plan. Le revirement de jurisprudence opéré en 2005 a été confirmé depuis⁹⁹ par de nombreuses décisions. Le critère du public visé est alors apparu comme la solution à la détermination du tribunal compétent lors d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Mais cette transposition de la solution issue de l'arrêt *Hugo Boss* au droit d'auteur ne nous paraît pas complètement satisfaisante et relève davantage de la facilité que d'une réelle unité de la matière (**Section 1**). En ce sens, les deux composantes du critère du public visé, que sont le critère de la langue (**Section 2**) et le critère de l'intelligibilité du message véhiculé (**Section 3**), ne nous paraissent pas toujours pertinents lorsqu'ils s'appliquent à un litige propre au droit d'auteur.

Section 1. Transposition des solutions au droit d'auteur

36/ Une jurisprudence bien établie. À de nombreuses reprises la jurisprudence de la chambre commerciale du 11 janvier 2005 a été confirmée et s'inscrit à coup sûr dans le courant jurisprudentiel dominant aujourd'hui. Ainsi, sur des faits relativement similaires à ceux de l'arrêt *Hugo Boss* (il s'agissait de l'exploitation sur un site étranger d'une marque déposée en France), la Cour d'appel de Paris¹⁰⁰ a considéré qu'il fallait caractériser « un lien suffisant, substantiel ou significatif entre ces faits ou actes et le dommage allégué », mais sans définir ce que recouvraient précisément ces notions. Encore une fois, les juges ont

99 À quelques exceptions près, *Supra* n° 26.

100 CA Paris, 4ème ch., sect. A, 26 avr. 2006, *Fernand S., Normalu / Acet* : *Comm. Comm. Electr.*, juill.-août 2006, comm. 106, note C. Caron ; *RLDI*, mai 2006, n°469, avec obs. ; *RLDI*, juill.-août 2006, n°523, note L. Pech.

raisonné par la négative pour caractériser l'absence de liens suffisants avec le for. En l'espèce, le fait que le site soit rédigé en langue anglaise et qu'il ne propose pas de produits à la vente en France est apparu suffisant au juge français pour décliner sa compétence. Un raisonnement semblable a été suivi par la même cour s'agissant d'un contentieux relatif aux noms de domaine et qui a donné lieu à une action en contrefaçon et en concurrence déloyale¹⁰¹.

37/ Transposition au droit d'auteur. Certaines décisions n'ont pas hésité à transposer le critère du public visé pour caractériser (ou non) des atteintes au droit d'auteur sur Internet. Prenons pour exemple une décision récente de la Cour d'appel de Paris¹⁰² qui a considéré qu'en matière de droit d'auteur, les juridictions françaises ne sont pas compétentes du seul fait de l'accessibilité en France du contenu protégé, et qu'il doit dès lors être démontré que le site Internet s'adresse à un public français pour fonder la compétence des juridictions françaises. En l'espèce, les magistrats de la Cour d'appel, sans nier l'accessibilité du site (belge en l'occurrence) en France, ont relevé que la langue du site Internet était l'anglais et que ce site ne proposait rien au public français et que dès lors, « il [n'était] pas justifié d'une réelle utilisation en France ».

La jurisprudence n'a donc pas hésité à étendre, sans le définir d'avantage, le critère du public visé au droit d'auteur. Cette transposition nous semble contestable du fait de l'incertitude du critère la langue et de la nature distincte des droits de propriété industrielle et des droits de propriété littéraire et artistique.

38/ Distinction de régime entre droit d'auteur et propriété industrielle, exemple du conflit de lois. La transposition d'un droit à un autre nécessite au préalable de s'assurer que le régime de ces deux droits soit le même ou du moins très similaire. La différence de régime, entre la propriété industrielle d'une part et le droit d'auteur d'autre part, est pourtant très importante en droit international privé et ne doit pas être occultée. Ainsi, en matière de conflit de lois par exemple, les solutions retenues sont extrêmement différentes selon qu'on se place du côté de la propriété industrielle ou de la propriété littéraire et artistique.

En droit d'auteur, le régime échappe dans une large mesure aux conflits de lois et obéit à des règles de droit matériel issues des Conventions de Berne¹⁰³ et Genève¹⁰⁴ : dans un souci de simplification nous

101 CA Paris, 4ème ch., sect. A, 7 juin 2007, *Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky comics*, décision disponible sur : www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1638

102 CA Paris, 4ème ch., sect. A, 18 juin 2008, *SPRL Digital / SAS l'île des médias*, décision disponible sur : www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3id_article=632.

103 Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886.

104 Convention universelle sur le droit d'auteur, 24 juillet 1971, signée à Genève le 6 septembre 1952.

pouvons dire que, l'existence et la titularité du droit relèvent de la loi du pays de la première publication de l'oeuvre et la sanction d'une atteinte au droit, relève de la loi du pays où la sanction est demandée. Le règlement Rome II, entré en application le 11 janvier 2009 (et applicable à tous les faits générateurs de dommages survenus après le 20 août 2007), soumet d'une manière générale les atteintes portées au droit de propriété intellectuelle, à la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée¹⁰⁵.

Tandis qu'en droit de la propriété industrielle, le régime applicable résulte d'un véritable conflit de lois, puisque d'après le règlement de Rome II, la loi applicable est « celle du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit »¹⁰⁶. Par exemple, en matière d'enregistrement nationaux, la jurisprudence considère que seule la loi du pays où l'enregistrement a eu lieu doit être applicable¹⁰⁷.

On constate donc, après un rapide exposé des règles applicables, que le régime de ces deux droits de propriété intellectuelle est très différent s'agissant de la compétence législative. Cela devrait inciter le juge à une transposition très prudente des solutions retenues en matière de compétence juridictionnelle.

Section 2. Le critère de la langue

39/ L'inadéquation entre le public visé et la langue du site Internet. La langue du site Internet a fréquemment été utilisée pour déterminer ou non la compétence des tribunaux français. La langue s'impose donc comme une composante du critère du public visé. Mais, certaines décisions ont relevé à juste titre, que le fait que la langue du site Internet ne soit pas le français ne justifie en rien l'incompétence des tribunaux de ce pays¹⁰⁸. En effet, bien que le site soit rédigé en français, on pourrait considérer que le public français n'est pas le public visé puisque le français est également une langue parlée dans plusieurs pays européens mais aussi dans de nombreux pays africains ou encore au Québec¹⁰⁹. À l'inverse, et c'est fréquemment le cas, le

105 Art. 8.1. « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée.

106 Art. 8.2. « En cas d'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire, la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument communautaire pertinent est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit.

107 CA Paris, 14ème ch., A, 1er mars 2000, *Allaban Web Systems Sarl c/ Aragorn* (affaire *Miam Miam*, « *les aventuriers du goût* »). Décision disponible sur : www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/marques/arret_ca-paris_010300.htm.

108 Note 112.

109 TGI Paris, 3ème ch., sect. 3, 14 septembre 2004, *SA Synergie c/ Sté Adecco Québec Inc., Sté Adecco Employment Services Limited* concernant un site québécois. Décision disponible sur : www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=575 ; D.2004, J., 2647, comm. C. Manara. M. Manara fait observer que la

fait que le site soit rédigé en langue étrangère ne signifie pas pour autant que le public français ne soit pas visé, ou du moins « concerné » au même titre que d'autres nationalités. L'anglais, langue largement utilisée aujourd'hui sur Internet¹¹⁰, est en effet compris par une grande partie des Internautes¹¹¹.

40/ L'insuffisance du critère de la langue et « la capacité de compréhension du site ». Ainsi, le critère de la langue ne peut suffire à lui seul à caractériser l'incompétence ou la compétence des tribunaux français. Lorsque les pages d'un site sont rédigées en français, la compétence des juridictions françaises du lieu d'une possible atteinte paraît aller tellement de soi, que les motivations vont rarement au delà du critère de l'accessibilité. Ainsi, les juges sont enclins à considérer le critère de la langue davantage comme une barrière contre une compétence, que comme un véritable critère de rattachement. Lorsque le site est rédigé en langue anglaise, certaines décisions retiennent « la compréhension nécessaire de la langue anglaise par les intervenants français »¹¹². Cette évolution est heureuse car elle tend à instaurer une certaine souplesse s'agissant de la compétence juridictionnelle en matière de droit d'auteur sur Internet¹¹³. L'exemple donné par le droit d'auteur belge est ici très intéressant car il est de tradition très proche du droit français. La jurisprudence de la Cour de cassation belge et les différentes Cours d'appel du pays semblent considérer depuis longtemps que le critère de la langue ne peut suffire à lui tout seul pour caractériser la compétence ou non des tribunaux. Le juge est en effet libre de considérer que malgré l'emploi de la langue du pays, le site ne touche en réalité aucun public dans celui-ci et qu'il faut dès lors considérer que la compétence ne serait acquise que si des actes de contrefaçon suffisamment avérées soient constatés dans ce pays¹¹⁴. La jurisprudence française aurait dû s'en inspirer plus tôt.

loi québécoise impose que le site Internet soit rédigé en langue française, langue parlée par près de 80% de la population de la province.

110 Note 18.

111 J. Passa ajoute que « si la langue est l'anglais, on peut se douter que la circonstance ne suffit pas à exclure que le site vise le public français » : J. Passa, « territorialité de la marque et protection contre un signe exploité sur un site Internet étranger », www.juriscom.net/documents/dm20050314.pdf

112 CA Paris, 4ème ch. sect. A, 30 janv. 2008, *Vallourec* : JurisData n° 2008-355074. S'agissant d'une contrefaçon de marque. La Cour considère que compte tenu de la technicité de la matière et du faible nombre d'acteurs économiques concernés, l'anglais n'est pas du tout un obstacle à la compétence du juge français. Dans le même sens, CA Versailles, 26 juin 2008, *Sanofi-Aventis* : D. 2008, p. 2284, note C. Manara. Il s'agissait d'une action en concurrence déloyale.

113 *Infra* n° 56 à 68

114 F. de Visscher et B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 637 et s.

Section 3. Le critère de l'intelligibilité du message véhiculé

41/ La monnaie, la disponibilité, la commercialisation et plus généralement la capacité de l'internaute à s'approprier le message véhiculé par le site Internet. La compétence des tribunaux français a parfois été déterminée en fonction de ces quelques critères soit pris comme un ensemble¹¹⁵, soit individuellement¹¹⁶. Ainsi, le juge a pu se fonder sur la devise utilisée par le site pour permettre aux visiteurs d'acheter éventuellement des produits mis en vente¹¹⁷. La devise, ne peut pas être considérée comme un critère de compétence fiable. Tout d'abord, il trouverait beaucoup moins à s'appliquer s'agissant du droit d'auteur. En effet, sans anticiper sur ce qui va être dit, la devise ne pourrait être un critère satisfaisant que lorsque des articles de marque (contrefaite) sont mis en vente sur le site web. Il est constant que s'agissant du droit d'auteur, sa nature par définition moins commerciale n'impose pas toujours la vente de l'oeuvre (on peut penser à la mise en ligne de tableaux sans l'autorisation du peintre ou la mise en ligne de musique en *streaming* sans l'autorisation de l'auteur ou de l'artiste-interprète ; ces deux mises en ligne n'incitent pas l'internaute à acheter). Ensuite, le critère de la devise n'est pas satisfaisant en général puisque d'une part, la construction européenne a imposé la monnaie unique au sein de la plupart des États parties à l'Union¹¹⁸ et d'autre part, des moyens techniques permettent de convertir sur un site web proposant le contenu contrefait la monnaie initiale dans la devise qui intéresse le consommateur.

La capacité de l'internaute à s'approprier le message véhiculé correspond en réalité à la capacité des messages publicitaires à influencer le visiteur du site web. Si les messages publicitaires présents sur le site peuvent inciter le visiteur à acheter le produit ou à souscrire au service, alors le site Internet est réputé viser

115 Cass. crim., 9 sept. 2008, *Giuliano F. / Ministère public* : décision disponible sur www.legalis.net/breves-article.php?id_article=2450. Dans cette affaire, le directeur de publication du journal italien *Il Foglio* était poursuivi en France pour avoir reproduit dans l'édition papier et dans l'édition électronique du journal *Il Foglio* un article, sans l'accord de son auteur et sans l'accord du journal *Le Monde*, éditeur exclusif de l'article. La Cour de cassation a estimé que les juges du fond devaient rechercher tous les critères possibles afin de fonder leur compétence. La Chambre criminelle a estimé que le critère de langue du site et la disponibilité des produits à la vente en France devaient constituer des indices de compétence pour le juge.

116 CA Paris, 4e ch. A, 6 juin 2007, *Sté Google.Inc et autre c/ Sté Axa et autre*, n° 06/14.890 : comm. disponible sur : www.droit-ntic.com/news/afficher.php?id=422 Le critère de la langue du site constitue le critère de compétence principal puisqu'il permet selon la Cour de caractériser d'une façon certaine le public visé : « le code pays [.fr] constitue une indication descriptive comprise par tout internaute comme référence au pays donné ».

117 T. com. Paris, 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier* : *op. cit.* note : 77.

118 L'euro est la monnaie officielle de 16 des 27 États européens. Ce qui ne permet plus de distinguer au sein de ces pays le public visé en fonction de la devise utilisée.

ces internautes, et par voie de conséquence, leur pays. Certains tribunaux ont utilisé le critère de la publicité¹¹⁹ comme indice pouvant fonder leur compétence. Deux remarques s'imposent alors. Tout d'abord selon nous, le critère de la publicité ne peut être qu'un des indices et n'est certainement pas le critère de compétence unique. D'autre part, les publicités présentes sur les sites Internet, sont de fait visibles à partir de sites web qui proposent un contenu méconnaissant le droit d'auteur. De ce fait, ces publicités, s'il était possible d'en identifier les destinataires, constituent certainement des indices pour le juge afin de se déterminer compétent ou pas et ce critère est donc *a priori* transposable au droit d'auteur. Il convient enfin de nuancer une fois de plus cette transposition. Le propre même d'une publicité est de capter une clientèle. Celle-ci sera certainement plus disposée à se laisser tenter sur des sites de commerce électronique (proposant déjà des produits à la vente) plutôt que sur des sites proposant un contenu artistique¹²⁰. L'impact est donc potentiellement très différent selon le public visiteur du site (qui dans le premier cas sera animé par l'envie d'acheter et dans le second cas ne le sera pas). Enfin, la simple accessibilité de l'internaute à une publicité ne doit pas constituer un critère de compétence puisque cela reviendrait à appliquer de nouveau le critère de l'accessibilité.

42/ Nature distincte des droits de la propriété industrielle et des droits de la propriété littéraire et artistique. La plupart des litiges qui naissent sur Internet concernent le droit des marques et le droit du commerce électronique. Comme nous venons de le voir, certains litiges mettent en cause le droit d'auteur. Dans ce dernier cas, les juridictions françaises n'hésitent pas à transposer les solutions retenues quant à la compétence juridictionnelle. Nous devons toutefois considérer que la nature distincte des deux droits (droit des marques et commerce électronique d'un côté et droit d'auteur de l'autre) s'oppose à une telle transposition.

La nature du droit d'auteur et de la propriété industrielle doit tout d'abord être envisagée du point de vue de leur objet. Le droit d'auteur dans la tradition française, est centré sur l'auteur de l'oeuvre¹²¹ ce qui

119 CA Paris, 4ème ch., sect. A, 26 avr. 2006, *Fernand S., Normalu / Acet* : *op. cit.* note 100.

120 On constate en effet que sur des sites de commerce électronique, comme par exemple www.priceminister.com ou www.ebay.fr, la publicité occupe une place centrale, ce qui est moins évident sur des sites mettant en ligne un contenu éventuellement protégé par le droit d'auteur, par exemple www.dailymotion.fr ou www.youtube.com.

121 Même si l'auteur va directement bénéficier de la protection accordée par la loi à son oeuvre, ce qui a fait dire à la CJCE que « la fonction essentielle du droit d'auteur est d'assurer la protection morale de l'oeuvre et la rémunération de l'apport créateur de l'auteur » : TPICE « Magill » 10 juillet 1991 : *RIDA* 1992 n°151 note Th. Desurmont.

implique le fait que c'est le droit d'auteur qu'il s'agit de protéger¹²². À l'inverse, le droit des marques, dont l'objet n'est pas de récompenser un travail de création à proprement parler, « porte moins sur le signe lui-même que sur le rapport de ce signe aux produits ou services visés au dépôt et qu'il a vocation à identifier sur le marché »¹²³. En ce sens, le droit des marques présente un caractère intrinsèquement économique : « il permet à un opérateur d'identifier ses produits ou services et de les distinguer de ceux de ses concurrents »¹²⁴. De ce fait, le droit des marques, droit par essence économique, s'oppose au droit d'auteur à vocation humaniste centré sur la personne auteur de l'oeuvre.

Le commerce électronique peut quant à lui être défini comme regroupant tous les échanges et toutes les transactions qu'une entreprise peut être amenée à faire au travers d'un média électronique comme Internet. À ce titre, la nature première du droit du commerce électronique est bien d'encadrer une activité économique qui met de ce fait en jeu la concurrence.

Il ne s'agit pas pour nous de nier le caractère également économique du droit d'auteur, celui-ci a d'ailleurs été rappelé à plusieurs reprises par la CJCE¹²⁵, néanmoins, il convient de clairement distinguer la nature du droit d'auteur de la nature du droit des marques et du commerce électronique. Le droit des marques et le droit du commerce électronique ont clairement pour objet de vendre, de capter une clientèle, de promouvoir des produits ou services et de concurrencer les entreprises du même secteur¹²⁶. Or, ce n'est pas l'objet premier du droit d'auteur. S'agissant du droit d'auteur sur Internet, on remarque souvent que l'opérateur du site web ne vise pas directement à concurrencer un autre auteur ou artiste, mais cherche à promouvoir sa propre activité au sein de la « communauté d'amateurs du monde entier »¹²⁷.

Lorsqu'une atteinte à un droit de la propriété intellectuelle est commise sur Internet, cette distinction de nature doit subsister. L'intention malveillante de l'opérateur du site web ne doit pas inciter à penser que la nature du droit d'auteur ou du droit des marques s'en trouve modifiée¹²⁸. Il faut donc en conclure qu'à la fois

122 C. Bernault, J.-P. Clavier, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2008 (entrée « droit d'auteur ») : Cette conception se manifeste à travers le droit moral de l'auteur.

123 J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle* t. 1, L.G.D.J. 2006, p.8, n°8.

124 *Ibid.*

125 CJCE 20 oct. 1993 « Phil Collins » : *D.* 1993 J 133 note B. Edelman : « Le droit d'auteur et les droits voisins présentent également un caractère économique en ce qu'ils prévoient la faculté d'exploiter commercialement l'oeuvre protégée, en particulier, sous la forme de licences accordées moyennant le paiement de redevances ».

126 J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* (note 123) p.9, n°8 : « la marque contribue au bon fonctionnement du système de libre concurrence ».

127 TGI Paris, 3 sept. 2008, disponible sur : www.legalis.net/archives.php3?id_rubrique=212. V. note 146.

128 Le fait que le contrefacteur réalisera un bénéfice injustifié en imitant une marque ou en n'obtenant pas l'autorisation de l'auteur ne modifie pas la nature des droits en cause.

le critère de la langue et le critère de l'intelligibilité du message ne peuvent qu'imparfaitement s'appliquer au droit d'auteur.

43/ Conclusion première partie. La transposition des solutions retenues en matière de compétence territoriale pour les infractions au droit d'auteur commises sur Internet est difficile. Il apparaît en effet problématique de situer le lieu de l'événement causal ou celui de l'acte dommageable¹²⁹. La recherche du tribunal compétent perd tout son sens lorsque la compétence universelle est reconnue, puisque par nature Internet est universel. En conséquence, le critère de diffusion¹³⁰ qui étendu à Internet devient le critère de réception, perd lui aussi tout son sens, car tous les pays connectés à Internet seraient compétents¹³¹. De plus, les critères de la langue ou de l'intelligibilité du message véhiculé ne sont pas non plus satisfaisants. Le premier ne peut être retenu que dans une minorité de situations en effet, la plupart des internautes sont aujourd'hui à même, sinon de parler, du moins de comprendre l'anglais, langue la plus utilisée sur la toile. Le second critère, celui du message véhiculé n'est pas non plus adapté lorsqu'il est appliqué au droit d'auteur. Car dans ce cas, il n'a pas le même impact auprès de l'internaute que par exemple le droit des marques. En effet, là où le droit des marques au travers notamment de la publicité, tentera d'approcher l'internaute d'une façon certainement différente, selon que celui-ci soit de nationalité française ou étrangère (en prenant en considération ses habitudes alimentaires, par exemple), le droit d'auteur s'adressera à la « communauté d'amateurs » prise dans sa globalité. Effectivement, nous pensons que l'amateur de tel ou tel peintre ou de tel ou tel artiste (pour les droits voisins) ne sera certainement pas identifié par rapport à un pays ou une nationalité donnée (qui serait celle, par exemple, de l'auteur ou de l'artiste) mais bien par rapport à une communauté qui transcende les nationalités et les territoires. À cet égard, ce critère ne peut que d'une façon imparfaite permettre l'identification du tribunal compétent en cas d'atteinte au droit d'auteur sur Internet.

L'élaboration de nouveaux critères de compétence véritablement adaptés aux enjeux d'Internet semble donc être nécessaire (**PARTIE 2**).

SECONDE PARTIE :

ÉMERGENCE DE NOUVEAUX CRITÈRES DE COMPÉTENCE

129 Toujours selon la lecture bicéphale de l'article 5.3 du règlement de Bruxelles, *Supra* n° 9.

130 CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill* (note 49).

131 En ce sens, E.-A. Caprioli, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, *op. cit.* (note 73) Litec, 2002, p. 33, n°44.

ADAPTÉS AUX RÉSEAUX

44/ Plan. Le constat de cette inadéquation des critères actuels de rattachement nous oblige à rechercher des critères qui prennent en considération la nature particulière et transfrontalière d'Internet, mais aussi la particularité de l'objet de la protection à savoir le droit d'auteur. Cette évolution passe par une adaptation de la méthode de la focalisation en France (**Chapitre 1**) ; mais aussi par de nouvelles propositions en vue d'un réaménagement des critères de compétence (**Chapitre 2**).

CHAPITRE PREMIER : UTILISATION DE LA MÉTHODE DE LA FOCALISATION

45/ Plan. La méthode de la focalisation, largement utilisée aux États-unis pour résoudre les conflits de lois et de juridictions liés au commerce électronique, pourrait être transposée en France pour résoudre les conflits de juridictions en cas d'atteinte au droit d'auteur sur Internet (**Section 1**), même si elle présente des limites que nous développerons (**Section 2**).

Section 1. Transposition en France de la méthode de la focalisation

46/ Les origines et la définition de la focalisation aux États-unis. Les juges américains ont été parmi les premiers à avoir eu à se prononcer sur des litiges relevant du commerce électronique et du droit d'Internet au sens large. Ils n'ont pas hésité à appliquer à ces nouveaux litiges la méthode de la focalisation développée au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. En 1945, la Cour suprême des États-unis¹³² a considéré que pour que les juridictions américaines puissent se déclarer compétentes, il fallait à la fois remplir la condition d'équité (pour le défendeur et le demandeur), et pouvoir établir des points de contact suffisants entre le litige et le for. Ces deux exigences valent à la fois pour les litiges de nature contractuelle et délictuelle, et doivent

¹³² Dans l'affaire *International Shoe Co v. Washington*, déjà évoquée plus haut (note 68), les juges ont considéré qu'un défendeur non-résident de l'Etat où le litige a eu lieu, peut être attiré devant le for de celui-ci à condition qu'il entretienne des liens suffisamment étroits avec ce dernier. On peut considérer que c'est à l'occasion de cette affaire que les juges de la Cour Suprême ont abandonné le principe de la compétence purement territoriale.

être établies par les juges suivant des « *test* ». Ces derniers doivent être élaborés par les juges de la Cour suprême et seront contrôlés par ces derniers. En France, on doit l'expression de « focalisation » à M. Olivier Cachard qui en élabore une véritable théorie générale dans sa thèse¹³³. La focalisation a pour fondement l'établissement d'un véritable lien de proximité entre le litige et le tribunal qui serait compétent.

L'exigence de proximité vient de la structure même des règles de compétence juridictionnelle américaines qui ne sont pas, contrairement à la tradition européenne formulées de façon rigide, mais doivent satisfaire à l'exigence de *due process*¹³⁴. Comme le précise M. Bureau et Mme Muir Watt, « il ne suffit pas que la situation litigieuse présente un lien quelconque avec l'Etat qui exerce la compétence, il faut aussi que celle-ci soit juste, c'est à dire, prévisible pour le défendeur dans chaque cas »¹³⁵. Cette conception marque une rupture avec la tradition européenne qui formule les règles de compétence de façon, certes prévisible, mais se contente de simples liens entre le défendeur et le for (on parlera alors de compétence générale) ou entre le litige et le for (il s'agira alors de compétence spéciale). La jurisprudence américaine a précisé les hypothèses dans lesquelles le lien avec le for est établi. M. Cachard en a établi la liste¹³⁶ : lorsque le défendeur a dirigé volontairement ses activités vers le for¹³⁷ ; lorsque dans le cadre de son activité, le défendeur s'est volontairement soumis à la loi du for en question¹³⁸ ; lorsque le défendeur ne peut ignorer le risque d'être attiré devant ce for¹³⁹.

On peut donc dès à présent définir ce qu'est la focalisation : il s'agit d'un ensemble d'indices qui permettent de penser que l'opérateur du site Internet a eu l'intention de diriger ses activités vers un lieu, un territoire ou vers un ou plusieurs États précisément déterminés.

La souplesse des solutions retenues aux États-unis s'oppose donc à l'apparente rigidité du système européen.

47/ Distinction entre le critère du public visé et la focalisation. Il apparaît à première vue que les

133 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Bibl. de droit privé, L.G.D.J. t. 365, 2002. p.399, n°656 : Pour cet auteur, la focalisation réside dans une méthode de raisonnement et non pas dans des critères prédéfinis.

134 Qui correspondrait en France à l'exigence d'une sécurité juridique qui conditionne l'exercice des droits des citoyens.

135 D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, *op. cit.* (note 44), p. 415, n°1017.

136 O. Cahard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p. 393, n°640.

137 *Burger King Corp. vs. Rudzewicz* ; U.S. At 472-73 (1985), disponible sur : www.supreme.justia.com/us/471/462/index.html.

138 *Burger King Corp. vs. Rudzewicz*, U.S. At 475 (1985), *ibid.*

139 *World-Wide Volkswagen Corp. Woodson*, 444 U.S., 286, 297 (1980), disponible sur : www.supreme.justia.com/us/444/286/case.html.

deux notions sont très similaires, puisqu'elles ont en commun plusieurs critères, comme par exemple, celui de la langue ou celui des messages à caractère publicitaire que l'on peut retrouver sur les sites Internet. Mais, l'approche pragmatique initiée en droit américain privilégie l'utilisation de la méthode de la focalisation. Le juge américain va en effet considérer chaque site Internet d'une façon autonome, en prenant en compte la volonté de l'opérateur du site web, ce qui ne l'empêchera pas de s'appuyer sur des indices tirés de la langue du site ou des messages publicitaires qui y sont diffusés.

La jurisprudence française tend quant à elle, à déduire systématiquement de ces critères sa compétence sans nécessairement prendre en compte la volonté des contrefacteurs. Les règles de compétence juridictionnelle sont dans la tradition française, formulées de façon rigide et laissent relativement peu de place à une interprétation propre en fonction de chaque espèce¹⁴⁰. Ainsi, on ne peut pas considérer l'utilisation par le juge français du critère du public visé comme une application de la méthode de la focalisation.

48/ La focalisation appliquée aux litiges nés du commerce électronique. Le concept de focalisation, lorsqu'il est appliqué au commerce électronique, semble permettre de contourner le critère de l'accessibilité d'un site Internet. En effet, en matière de délits liés à une activité électronique, l'approche née de la focalisation fait apparaître l'insuffisance d'un tel critère. Le seul fait de placer un produit dans le flux du commerce interétatique (*stream of commerce*) ne permet pas d'établir un ciblage délibéré qui serait de nature à établir une quelconque compétence territoriale¹⁴¹. Il faut en outre caractériser le fait que l'activité litigieuse soit dirigée consciemment (soit « focalisé ») vers cet État. Parmi les nombreuses hypothèses qui permettent de caractériser la compétence du for, on peut noter le critère dit de *purposeful availment* c'est à dire lorsque le défendeur s'est prévalu des opportunités commerciales de l'État (lorsqu'il a profité d'une faible imposition ou de facilités de crédits par exemple). Le fait de s'intéresser à la focalisation des activités du défendeur oblige le juge à procéder au cas par cas en analysant les circonstances concrètes de chaque espèce. Par exemple, de nombreuses décisions en matière de responsabilité délictuelle admettent la compétence des

140 Cass. com., 10 juill. 2007, *JCP G* 2007, II, 10161, note C. Chabert qui souligne que les magistrats indiquent chercher un simple lien entre le « dommage allégué et le territoire français » sans préjuger du fond. Ils ne mettent pas en oeuvre un faisceau d'indices en fonction de la question considérée.

141 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p. 398, n°655 : « La jurisprudence américaine consacre déjà un critère d'incompétence : la simple présence d'instruments techniques et l'accessibilité d'un site Internet ne suffisent pas à justifier l'exercice de la compétence juridictionnelle ».

tribunaux en se fondant sur l'intention de l'opérateur du site Internet¹⁴².

Mais quels sont les indices qui permettent de déterminer qu'un site est focalisé ou non vers l'État en question ? La doctrine américaine, aidée en cela par la jurisprudence de la Cour suprême, a distingué les sites dits « passifs », des sites « actifs ».

49/ Distinction entre site passif et site actif, la base de la focalisation appliquée au commerce électronique. Comme nous venons de le voir, l'analyse du juge est une analyse subjective qui tient compte des « prévisions de l'opérateur »¹⁴³. De ce fait, la distinction entre site passif et site actif est de notre point de vue très importante mais toutefois pas fondamentale.

Pourtant, pour M. Cachard, « cette distinction ne saurait constituer le critère de la compétence et doit être [à son sens] une simple constatation de fait »¹⁴⁴. Tous les sites auraient en quelque sorte un caractère actif du fait de l'interactivité qu'ils pourraient offrir aux visiteurs. Chaque site Internet étant « potentiellement actif », la distinction serait dépourvue d'effet pour la détermination de la compétence.

Bien que la jurisprudence américaine semble toujours considérer ce critère comme un indice pouvant caractériser la focalisation du défendeur¹⁴⁵, il faut pourtant bien avoir à l'esprit qu'un site qui est « potentiellement actif » ne l'est pas nécessairement. Il est bien entendu que la compétence (et à fortiori l'incompétence) des tribunaux d'un Etat ne peut être déduite du seul fait de la passivité ou de l'activité du site. Mais ce caractère doit constituer un indice pour le juge dans le cadre d'un litige mettant en cause le commerce électronique.

50/ Une transposition difficile au droit d'auteur. Il convient néanmoins de distinguer d'une part, la responsabilité contractuelle et délictuelle, ainsi que le commerce électronique, et d'autre part le droit d'auteur. Il apparaît que l'interactivité du site Internet ne peut constituer un véritable indice de compétence que dans le

142 Cela a par exemple été le cas dans la décision *Panavision Int'l, L.P. vs. Toeppen*, 938 F. Supp. 616 (D. c. Cal.1996) : disponible sur : www.people.hofstra.edu/peter_j_spiro/cyberlaw/panavision.htm ; un résumé est disponible sur : www.tomwbell.com/NetLaw/Ch11/Panavision.html.

143 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique, op. cit.* (note 133), p. 399, n°656 : « les prévisions de l'opérateur sont focalisées vers une juridiction quand il contracte avec un résident ou qu'il y dirige son activité délictuelle ».

144 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique, op.cit.* (note 133), p. 399, n°655.

145 L'affaire *Blue Note* en est un exemple parfait. En l'espèce, un club de jazz new-yorkais poursuit en contrefaçon un site Internet ouvert dans un autre État. Le juge de New-York s'est déclaré incompétent car le site était passif, et que sa compétence serait « imprévisible » : *Bensusan Restautant Corp vs. Richard B. King and the Blue Note*. U.S.C.A. For the 2nd circuit (1996). Disponible sur : www.loundy.com/CASES/Bensusan_v_King.html.

cas où il y a eu méconnaissance d'une obligation contractuelle. L'interactivité consisterait dans ce cas à proposer au consommateur des contrats en ligne ou des souscriptions promotionnelles. Parallèlement, en matière de droit d'auteur, la plupart des sites Internet proposent « passivement » des oeuvres protégées aux visiteurs¹⁴⁶. Le caractère passif ou actif du site ne peut donc pas toujours constituer un indice fiable de la focalisation lorsque le site Internet méconnaît les droits de l'auteur. Encore une fois, on constate les limites d'une transposition qu'on souhaiterait facile, mais qui à l'évidence ne l'est pas. La nature distincte des deux droits (droit d'auteur d'un côté et droit du commerce électronique de l'autre)¹⁴⁷ s'oppose à une telle transposition.

En revanche, l'intention de l'opérateur¹⁴⁸ semble être un critère satisfaisant de la focalisation car transposable au droit d'auteur. L'intention de l'opérateur d'un site Internet de commerce électronique peut être comparable à celle de l'opérateur d'un site d'art lorsque celui-ci chercherait par exemple à nuire délibérément à un artiste, un auteur ou, dans le cadre du commerce électronique, à un agent économique concurrent, et pourra dès lors constituer un indice en faveur de la compétence des tribunaux français.

51/ Le critère de l'impact économique sur le public français, une focalisation à la française?

Récemment deux ordonnances du juge de la mise en état ont fait application d'un nouveau critère, celui de « l'impact économique ». Ainsi, le juge de la mise en état du TGI de Paris, dans deux ordonnances du 16 mai 2008, a fait une application du critère de « l'impact économique » pour déterminer la compétence territoriale des juridictions françaises en matière de contrefaçon sur Internet. Le tribunal a retenu que « le fait dommageable se produit en tous les lieux où les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs du site » et que, dès lors, les faits incriminés étaient susceptibles « d'avoir un impact économique sur le public français »¹⁴⁹. Cet impact économique est malencontreusement déduit de l'accessibilité du site sur le territoire français (*sic*). La jurisprudence semble alors opérer une confusion entre le critère de

146 TGI Paris, 3 sept. 2008. Disponible sur www.legalis.net/archives.php3?id_rubrique=212 : le TGI de Paris est compétent pour connaître de la mise en ligne sans autorisation de tableaux du peintre chilien Hernan Gazmuri sur le site des beaux-arts du Chili. Cette mise en ligne, par l'intermédiaire d'un site Internet, serait passive du point de la méthode de la focalisation (les oeuvres ne sont pas proposées à la vente). Néanmoins, la passivité du site n'empêche pas le juge français de se déclarer compétent, ce qui se justifie par la nature du droit d'auteur : les oeuvres diffusées ne visent pas un pays particulier mais bien la communauté des amateurs d'art dans leur ensemble.

147 Distinction que nous avons déjà évoqué, *Supra* n° 42

148 *Supra* n° 47.

149 TGI Paris, 3ème ch., 2ème sect., ordonnance de mise en état, 16 mai 2008, (*Rueducommerce / Carrefour Belgium*) et TGI Paris, 3ème ch., 2ème sect., ordonnance de mise en état, 16 mai 2008, (*L'oréal et a. / eBay France et a.*, décisions disponibles sur : www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2305).

l'accessibilité (retenu par l'arrêt *Roederer*¹⁵⁰ et abandonné depuis), et le critère « d'un lien suffisant, substantiel ou significatif » retenu par la Cour d'appel de Paris du 26 avril 2006¹⁵¹. Ainsi, le critère de l'impact économique, qui pourrait se rapprocher de ceux utilisés pour la méthode de la focalisation, n'est pas satisfaisant puisque les juges français tendent à le confondre avec le critère de l'accessibilité. Il constitue néanmoins la tentative la plus aboutie d'utiliser la méthode de la focalisation en France.

Section 2. Les limites de la méthode de la focalisation

52/ La recherche de la destination du site : une déformation de la contrefaçon. La recherche de la destination du site Internet est l'une des composantes de la méthode de la focalisation. Celle-ci tend toutefois à dénaturer l'action en contrefaçon lorsqu'elle est exercée sur Internet. Alors que l'action en contrefaçon, du moins quand elle est de nature civile, est une infraction matérielle dont la constitution n'exige pas qu'elle soit volontaire, la recherche de la destination du site implique la recherche de la volonté du contrefacteur sur le territoire français. La contrefaçon tend alors à devenir une action intentionnelle lorsqu'elle est commise sur Internet. Cette « discrimination » aux dépens des contrefacteurs sur Internet ne nous semble pas justifiée.

53/ L'absence d'une délimitation précise de la focalisation. Peut-on établir une liste exhaustive de tous les critères qui permettent de constituer la focalisation? En d'autres termes, de quoi est constitué le faisceau d'indices qui permet au juge de déterminer la compétence de son tribunal? Cette difficulté a déjà été soulevée dans la thèse de M. Cachard¹⁵² en 2002 et n'a toujours pas reçu de réponses adéquates. En effet, il serait bon pour la sécurité juridique que le juge puisse avoir à sa disposition un ensemble d'indices prédéfinis qu'il pourrait confronter à chaque cas d'espèce lorsqu'il est en présence d'un litige mettant en cause le droit d'auteur sur Internet. Bien sûr, il existe des critères immuables, tels que la langue du site ou la teneur des publicités qui y apparaissent, qui seront nécessairement pris en considération par le juge, mais d'autres critères demeurent encore très flous. En effet, que recouvre exactement le critère de l'impact économique? Quels sont ses composantes? La question reste ouverte. Il serait pourtant bénéfique pour le juge de disposer

150 *Supra* n° 22.

151 *Supra* n° 26, note 79.

152 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p. 403, n°663.

d'une liste énumérant les critères pouvant être appliqués. Les parties pourraient y trouver un instrument tout aussi précieux pour leur argumentation.

Une question plus large encore se pose. Quel est le rôle du juge? A quelles conditions peut-il ajouter un nouveau critère? M. Cachard semble considérer que le pouvoir du juge est par nature réduit, nous considérons pour notre part que le juge peut parfaitement établir de nouveaux critères conférant la compétence aux tribunaux français.

54/ Contrôle du juge limité. Selon M. Cachard, « en l'état du droit positif, les juges du fond ne sauraient ajouter, serait-ce implicitement, une condition d'application à la loi ou à une convention internationale », puis il ajoute « s'il est saisi d'une action en responsabilité sur le fondement de l'article 46 du nouveau Code de procédure civile par un demandeur français alors que le seul point de contact avec la France est la connexion internet, le tribunal de grande instance doit tout de même établir sa compétence »¹⁵³. Deux observations méritent d'être formulées.

D'une part, personne ne peut contester que la jurisprudence est une source du droit au même titre que la loi. Certes, le juge ne peut rajouter des conditions nouvelles à la loi ou aux conventions, mais il peut les interpréter¹⁵⁴; il peut aussi interpréter les décisions rendues par la Cour de cassation et aller à l'encontre de ce qui a été jugé précédemment¹⁵⁵. De plus, la proposition de M. Cachard de permettre l'application de la théorie du *forum non conveniens*¹⁵⁶ nous semble aller à l'encontre de la notion même de compétence juridictionnelle. Il faut en effet avoir à l'esprit que les règles de compétence juridictionnelle sont des règles matérielles formulées de façon directe¹⁵⁷, elles doivent désigner directement le for compétent sans par exemple recourir, comme en matière de conflit de lois, au mécanisme du renvoi.

D'autre part, l'exemple présenté par cet auteur n'est plus d'actualité aujourd'hui puisque la compétence universelle du juge français sur le fondement de l'accessibilité n'est généralement plus admise¹⁵⁸.

153 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p. 403, n°664.

154 Une condition très large peut très bien se subdiviser en plusieurs sous-conditions.

155 La France étant un pays de droit écrit sans règle du précédent. En effet, dans les pays de la *Common law*, les juges inférieurs sont liés par décisions prises par la Cour suprême ou la Chambre des Lords.

156 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p. 403, n°664 : « Cette théorie admise en droit américain et en droit anglais, permet au juge de se dessaisir au profit des juridictions d'un autre État, alors même que les critères annoncés par ses règles de compétence directe sont vérifiés ».

157 *Supra* n° 8.

158 *Supra* n° 26 et 34.

55/ Un aménagement souhaitable. On le constate, la méthode de la focalisation semble être la solution pour résoudre les difficultés liées à la détermination du tribunal compétent, mais en matière de droit d'auteur sur Internet, cette transposition ne peut se faire sans inconvénients. Les limites de la focalisation (qui sont pour certaines d'entre-elles justifiées et pour d'autres non) sont un obstacle supplémentaire à son application en France. Il faudrait alors élaborer un aménagement de cette théorie, par le biais de nouvelles propositions pour la rendre compatible avec le Règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000 afin d'aboutir à une harmonisation internationale de la matière.

CHAPITRE SECOND : PROPOSITIONS EN FAVEUR DE NOUVEAUX

CRITÈRES DE COMPÉTENCE

56/ Plan. L'élaboration de critères de compétence stables passe tout d'abord par une adaptation des règles actuelles en fonction de la méthode de la focalisation (**Section 1**), mais aussi par l'élaboration d'un droit supra national, au travers de conventions internationales ou du développement d'un droit coutumier ; c'est dans cette dernière voie que s'est récemment engagé l'*American Law Institute* (**Section 2**).

Section 1. Adaptation nécessaire des règles de compétence actuelles et prise en

compte de la méthode de la focalisation

57/ Exposé des problèmes. Notre sujet nous a incité à proposer des critères de compétence juridictionnelle adaptés au droit d'auteur et au réseau Internet. La méthode de la focalisation nous a donné les premiers indices à retenir. Or l'autre problème auquel nous sommes confronté est de savoir comment caractériser le lieu du fait générateur et le lieu du dommage lorsque le litige est né sur Internet. Cette question se pose au moment où le demandeur s'est assuré de la compétence de ces pays. Cette interrogation conditionne donc le choix final du demandeur qui pourra, en fonction du for choisi, espérer obtenir soit la réparation de l'intégralité du dommage soit une réparation à hauteur des dommages subis.

Il faut préciser que ce choix ne se fait pas automatiquement au détriment du lieu du dommage subi. En effet, même si le fait d'intenter une action devant le for du lieu du fait générateur peut permettre d'obtenir

une réparation intégrale, des considérations liées au coût du procès ou encore à la connaissance du système juridique peuvent survenir.

Nous soumettons alors un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, dans le cas du maintien des règles actuelles (issues du Règlement de Bruxelles), nous proposons de retenir le lieu de chargement de l'oeuvre comme lieu du fait générateur (le lieu du dommage pouvant être caractérisé suivant la méthode de la focalisation des activités du défendeur). Ensuite, nous proposons d'aller plus loin encore et d'ériger en principe le *forum actoris*¹⁵⁹. Une action en contrefaçon devant ce dernier permettrait d'obtenir la réparation de l'intégralité du préjudice subi, ce qui supposerait une abolition de principe de la distinction entre la réparation intégrale et la réparation partielle.

58/ Proposition : le lieu de chargement de l'oeuvre comme lieu du fait générateur. Nous rappellerons que le fait d'intenter une action en matière délictuelle devant le for du lieu générateur permet à la victime de prétendre à obtenir la réparation de l'intégralité du dommage subi. Dans cette optique, le problème s'est posé de savoir comment on pouvait localiser le fait générateur d'une infraction au droit d'auteur sur Internet.

Nous proposons de considérer le lieu de chargement de l'oeuvre (contrefaite ou attentatoire au droit moral de l'auteur) comme le lieu du fait générateur. Le lieu de chargement de l'oeuvre doit s'entendre comme l'endroit exact où l'opérateur a mis en ligne l'oeuvre. À défaut de la détermination de l'endroit exact, il devrait être possible de déterminer le pays à partir duquel l'oeuvre a été chargée.

59/ Argumentation en faveur du *forum actoris* pour la réparation de l'intégralité du préjudice.

Malgré son application fréquente¹⁶⁰, le *forum actoris* n'est pas prévu en tant que tel dans le Règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000. Il y a en effet une certaine logique à ce que très souvent une partie du préjudice soit localisée dans l'État de résidence de la victime, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, il est certain que la victime prêtera davantage attention et aura plus facilement accès à au contenu artistique de son propre pays. A ce titre, elle pourra plus facilement vérifier le respect de ses droits dans son pays d'origine ou plus généralement de résidence, que dans un pays éloigné (même sur Internet, du fait de la barrière éventuelle de la langue).

159 Tribunal du demandeur.

160 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, op. cit. (note 133), p. 388, n°631.

Ensuite, la diffusion de l'oeuvre contrefaite ne va véritablement être préjudiciable à l'auteur que lorsqu'elle affectera le marché économique de celui-ci. Ce dernier se situera la plupart du temps dans un périmètre dont le centre sera presque toujours le pays d'origine ou de résidence de l'auteur. Il ne faut pas oublier qu'en droit d'auteur, le public n'est pas composé de consommateurs à proprement parlé mais d'amateurs qui ne sont pas toujours identifiables à un pays ou un territoire donné¹⁶¹; néanmoins, il faut admettre que l'auteur sera toujours plus attentif à observer une atteinte à ses droits lorsqu'elle lui cause un dommage dans son pays.

Enfin, dans les faits, les juges du fond sont peu enclins à opérer une distinction entre réparation intégrale et réparation partielle et ordonnent le plus souvent la réparation intégrale du demandeur « en considérant que la nature internationale de l'Internet implique nécessairement un préjudice international qu'il convient de réparer »¹⁶², ils appliquent donc implicitement le *forum actoris*.

Dès lors, il ne nous apparaît pas choquant d'élever en principe (sous certaines conditions) la compétence du for du demandeur pour la réparation de l'intégralité du préjudice. Cette proposition, relayée par d'éminents auteurs¹⁶³, présente des avantages non négligeables, mais aussi des risques avérés, qu'il conviendra d'anticiper.

Le principal avantage est de décourager le contrefacteur, qui saura de façon certaine que le tribunal compétent sera celui du demandeur, celui-ci risque alors de devoir réparer l'intégralité du préjudice de la victime devant une autre juridiction que celle de son pays¹⁶⁴. La solution présente aussi l'avantage d'éviter une dérive bien connue du droit international privé, le *forum shopping* de la part du défendeur. Sans revenir sur la définition de la notion¹⁶⁵, rappelons juste qu'un défendeur (contrefacteur averti) pourrait prévoir la mise en ligne de l'oeuvre contrefaite dans un pays dont les règles protectrices du droit d'auteur sont particulièrement et notoirement souples. Le *forum shopping* est une dérive inévitable en soi. Elle peut certes être atténuée, mais jamais neutralisée. Elle profite soit au défendeur (qui choisit le pays de la mise en ligne de l'oeuvre), soit au demandeur (qui aura toujours la plupart du temps à choisir entre plusieurs tribunaux). Il est alors selon nous préférable que cette dérive profite au demandeur (qui est potentiellement une victime)

161 *Supra* n° 42 et 43.

162 V. Fauchoux, P. Deprez, *Le droit de l'Internet (lois, contrats et usages)*, *op. cit.* (note 23), p. 296, n° 453.

163 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p. 389, n°633 ; J. C.

Ginsburg, *The private International Law of Copyright in an Era of Technological Change*, *Rec. Cours La Haye.*, 1998, t. 273, p. 311.

164 Ce qui s'avère encore plus compliqué du fait de la méconnaissance (encore) plus grande des règles juridiques étrangères.

165 *Supra* n° 31.

plutôt qu'au défendeur (potentiellement contrefacteur).

Il convient toutefois de nuancer nos propos : tous les défendeurs ne sont pas des contrefacteurs et tous les demandeurs ne sont pas d'honnêtes auteurs ou artistes souhaitant faire valoir leurs droits. Il nous semble important d'introduire dès à présent une condition à l'application de la réparation intégrale par le for du demandeur. Nous approuvons le critère de la prévisibilité développé par M. Cachard¹⁶⁶. Cette compétence ne serait acquise que si le défendeur, opérateur du site web, aurait pu prévoir le préjudice causé au demandeur dans son pays. La caractérisation de cette prévisibilité, qui est en quelque sorte une connaissance du risque encouru, devra obéir au faisceau d'indices développés dans la méthode de la focalisation¹⁶⁷. Dans le cas contraire, il ne s'agira pas de protéger le défendeur « simplement maladroit », étant donné que l'intentionnalité n'est aucunement une condition de la contrefaçon et que sa prise en compte est une insuffisance de la méthode de la focalisation¹⁶⁸.

60/ Proposition : de nouvelles règles de compétence. Nous proposons de formuler les nouvelles règles de compétence de la manière qui suit : Le for du demandeur est compétent pour connaître de l'intégralité du dommage subi si le défendeur ne pouvait ignorer les dommages que son activité causerait au demandeur. Dans le cas contraire, lorsque le défendeur pouvait ignorer que ses activités nuiraient au demandeur, le for du lieu de chargement de l'oeuvre est compétent pour réparer l'intégralité du litige et le for du ou des lieux du dommage subi est compétent pour réparer les seuls dommages causés dans cet État.

Section 2. Émergence d'un droit savant – Conclusions sur le rapport de ***l'American law Institute***

61/ Contexte. Tout au long de nos développements il s'agissait pour nous de confronter deux traditions. L'une, française, et plus généralement euro-continentale, tirant son origine de l'interprétation du Règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000 (et de la Convention qui l'a précédé), et l'autre anglo-américaine qui repose, comme nous l'avons montré, sur la théorie de la focalisation. C'est précisément ce métissage que l'*American Law Institute (ALI)* se propose de concevoir. Ainsi, le texte définitif adopté le 14 mai 2007 par

166 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, op. cit. (note 133), p. 389, n°633.

167 *Supra* n° 46.

168 *Supra* n° 52.

l'assemblée annuelle correspond à la tendance mondiale à la convergence des règles de fond, entamée notamment par « l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce » de 1994 (accord ADPIC)¹⁶⁹, qui est le fruit d'une réflexion de près de 6 ans (commencée en 2001). Ce travail, le premier consacré au « droit d'Internet »¹⁷⁰, reçoit aujourd'hui une actualité et une urgence particulière. L'actualité de ce projet vient du fait que, depuis quelques années, il est possible de développer une contrefaçon à très large échelle et au coût réduit (ce qui n'était pas encore le cas en 2001¹⁷¹). Un panorama des principales innovations en matière de compétence juridictionnelle précédera l'étude des insuffisances du rapport aussi bien sur sa forme que sur le fond.

62/ Compétence intégrale et compétence partielle, héritage de la CJCE. D'après le rapport, un défendeur peut être attiré, outre devant la juridiction de son domicile, devant tout autre for dès l'instant où « il est raisonnable de penser qu'il y a dirigé ses activités », ou encore, devant le for du lieu où le dommage a été subi. Dans ces deux derniers cas, la compétence sera partielle, c'est-à-dire que le demandeur ne pourra prétendre qu'à une réparation à hauteur des seuls dommages causés dans l'Etat de la juridiction saisie¹⁷². La distinction entre la compétence intégrale et la compétence partielle, reprise par les experts de l'ALI, est directement issue du droit dérivé de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I de 2000. La décision *Fiona Shevill* distingue, rappelons le, entre la réparation intégrale et la réparation partielle des dommages subis¹⁷³. Dans le rapport de l'ALI, la compétence sera donc partielle lorsque le for saisi est celui vers lequel le défendeur a dirigé ses activités et ne sera intégrale que dans le cas où le demandeur est assigné devant le for du fait générateur ou des actes préparatoires essentiels¹⁷⁴.

169 En anglais *TRIPS* pour *Trade Related aspects of Intellectual Property rights including Trade in counterfeit goods* ; La 3ème partie des accords porte sur les « moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle ». Les États membres doivent prévoir dans leur législation interne des procédures et des sanctions permettant de faire cesser les agissements illicites, d'indemniser les victimes et de punir les contrefacteurs. Ceci implique pour chaque Etat l'obligation de transposer en droit interne les dispositions du traité en vue d'un rapprochement des législations nationales.

170 Notion de « *Internet Law* » fréquemment employée dans le rapport, par ex. p. IX.

171 Du fait de l'absence du haut débit et de la certaine confidentialité du commerce électronique.

172 ALI, *Proposed final draft, op. cit.* (note 58), §204 (2): « *A person may be sued in any State in which that person's activities give rise to an infringement claim, if that person directed those activities to that State* ».

173 Nous rappellerons simplement que pour demander la réparation intégrale des dommages subis, le demandeur devra agir nécessairement devant le for du lieu du fait générateur. En revanche, s'il agit devant celui du ou des lieux où le dommage a été subi, il ne pourra prétendre qu'à une réparation partielle, à hauteur du dommage subi dans cet État.

174 ALI, *Proposed final draft, op. cit.* (note 58), §204 (1): « *A person may be sued in any State in which that person has substantially acted, or taken substantial preparatory acts, to initiate or to further an alleged infringement* ».

La distinction entre la compétence¹⁷⁵ intégrale ou partielle est ici le calque parfait de la distinction opérée en droit communautaire¹⁷⁶.

63/ Le principe de l'activité dirigée ou la réaffirmation de la focalisation. Comme nous venons de le dire, un défendeur peut être assigné soit devant le for de l'Etat de son domicile, soit dans celui où « il est raisonnable de considérer qu'il a dirigé ses activités »¹⁷⁷. Les commentaires sous les articles du rapport définissent l'activité dirigée comme une activité intentionnelle déterminée par un faisceau d'indices dont l'importance sera variable dans leur portée. Le rapport précise, par exemple, que l'utilisation de la devise propre à un pays, de la langue de celui-ci, des publicités présents sur la page du site Internet, ou encore le lieu de livraison des marchandises, doivent être appréciés au cas par cas par le juge. La notion de l'activité dirigée est une reprise de la méthode de la focalisation qui se préoccupe justement de rechercher les intentions de l'opérateur du site Internet.

64/ D'autres innovations importantes. Sur d'autres points, le rapport de l'ALI innove totalement et ne semble s'inspirer ni de la tradition anglo-américaine, ni de la pratique euro-continentale. Ainsi, la compétence des tribunaux d'un pays donné sera également intégrale lorsque le défendeur est domicilié dans l'un des pays non membre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), n'ayant donc pas adhéré à l'accord ADPIC, et lorsque le demandeur aura saisi les tribunaux de l'État vers lequel il est raisonnable de penser que le défendeur a dirigé ses activités et où il a maintenu de façon régulière des contacts, un flux d'affaires ou encore un public (même lorsque ces contacts ne sont pas directement liés à ses activités contrefaisantes)¹⁷⁸. Ces conditions doivent être considérées comme cumulatives, l'emploi du mot de liaison « *and* » ne faisant aucun doute. Comme le note Mme Ancel¹⁷⁹, ces pays sont suspects de ne pas protéger suffisamment la propriété intellectuelle et doivent dès lors être considérés comme des « paradis

175 Qui est dans ce contexte synonyme de réparation.

176 *Supra* n° 9.

177 ALI, *Proposed final draft*, *op. cit.* (note 58), §204 (2) *op. cit.* (note 170).

178 ALI *proposed final draft*, *op. cit.* (note 58), §204 (3) : « *A person who cannot be sued in a World Trade Organization-member State with respect to the full territorial scope of the claim through the application of §§ 201-204(1) may be sued in any State in which that person's activities give rise to an infringement claim if:*

- a). that person directed those activities to the State and
- b). that person solicits or maintains contacts, business, or an audience in that State on regular basis whether or not such activity initiate or furthers the infringing activity.

179 M.-E. Ancel, *Un an de droit international privé du commerce électronique*, *Com, com, élect.*, jan. 2008, p.24, n°9.

numériques »¹⁸⁰.

Enfin, afin de ne pas « piéger » le défendeur, celui-ci pourra prévenir la compétence de certains États¹⁸¹ (plusieurs mesures techniques peuvent être mises en oeuvre, comme l'obligation pour le visiteur du site web d'indiquer son pays, ou l'interdiction d'utiliser une carte de paiement d'une banque située dans le pays dans lequel le défendeur ne souhaite pas diriger son activité). Une fois de plus, il est louable d'introduire une certaine flexibilité dans la désignation du for compétent, mais nous pensons que cette disposition, outre le fait qu'elle ne pourra pas toujours trouver à s'appliquer en matière de droit d'auteur, risque d'accroître le *forum shopping*¹⁸².

65/ Exclusion (définitive?) de la compétence universelle. Il n'est pas inutile de signaler que la simple accessibilité du site Internet ne constitue jamais, selon l'*ALI*, un chef de compétence, même purement local. L'accessibilité, simple critère d'opportunité et de facilité, se conjugue mal avec la méthode de la focalisation reprise dans le rapport. Elle ne correspond pas non plus à la tradition européenne, certes plus rigide et plus prévisible, mais dont la préoccupation première a toujours été la préservation des garanties procédurales et de l'ordre public international qui condamne les critères de compétence jugés exorbitants ou abusifs¹⁸³. Ce rejet que nous souhaitons définitif doit par conséquent être salué.

Il apparaît donc au vu de toutes ces remarques que les solutions proposées sont pertinentes et tendent à gommer la difficulté de transposition de la focalisation au droit d'auteur¹⁸⁴. Néanmoins, nous sommes confronté à une difficulté majeure, celle de savoir comment ces règles pourraient être appliquées en pratique.

66/ La question de la forme à adopter. Le travail effectué par le groupe d'experts est extrêmement séduisant. Il est complet quant à l'étendue de son champ d'étude puisque les trois grandes catégories du droit international privé, que sont la compétence juridictionnelle, législative et la reconnaissance des jugements, y

180 Cette présomption ne nous semble pas totalement justifiée. Il est de fait important de considérer que d'une part de nombreux « grands » pays ne sont toujours pas membres de l'organisation et ce souvent pour des raisons politiques et non pas juridiques (tels que la Russie par exemple) ; Au surplus, il paraît douteux de considérer que d'autres pays, pourtant membres de l'OMC soient plus protecteurs des droits de propriété intellectuelle.

181 *ALI proposed final draft, op. cit. (note 58), §201.*

182 *Supra* n° 31.

183 En cela, le critère de l'accessibilité du site Internet contrevenait certainement à l'ordre public procédural dans sa définition large qui comprend le respect des droits de la défense et surtout la protection procédurale du demandeur.

D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé, op. cit. (note 44), p. 256, n° 269.*

184 *Supra* n° 47, 50 et 51.

sont abordées de façon exhaustive. Le travail est à la fois savant et pragmatique du point de vue des solutions dégagées et des illustrations données, qui sont le fruit d'un métissage de plusieurs cultures, de plusieurs traditions juridiques. Néanmoins nous pourrions regretter plusieurs choses. Concernant la forme du rapport, nous déplorons son aspect purement déclaratif et non contraignant pour les États. Comme le souligne M. Dessemontet¹⁸⁵ (l'un des trois rapporteurs du rapport¹⁸⁶) la forme d'une convention a été un temps envisagée par les rédacteurs. Selon cet auteur, les rédacteurs craignaient le peu d'enthousiasme de la part des pays susceptibles de la ratifier. Les rédacteurs redoutaient notamment que la ratification de cette convention spéciale se heurte aux mêmes difficultés que la convention générale sur la compétence et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale¹⁸⁷. Pour notre part, nous pensons qu'une uniformisation aussi importante des règles de fond nécessite un cadre juridique plus contraignant qu'une simple déclaration. Nous estimons qu'une convention imparfaite, car non ratifiée par tous les États, vaut mieux qu'une simple proclamation de règles supra-nationales qui n'a pas vocation à contraindre les États. Seuls 153 États sont aujourd'hui membres de l'OMC¹⁸⁸ (ils ont donc tous ratifié l'accord ADPIC qui en est l'annexe) ce qui ne l'empêche pas de fonctionner correctement, du moins au sein des pays membres. Il est évident que l'élaboration d'une convention connaît toujours des obstacles politiques. En ce sens M. Dessemontet souligne les oppositions politiques importantes de la part de « nombreux États à l'élargissement des obligations des pays du sud et des autres pays émergents à cet égard »¹⁸⁹ au moment de l'ouverture des discussions de l'*ALI* en novembre 2001. De ce fait nous comprenons que le processus qui conduirait à l'adoption d'une convention serait long et incertain, néanmoins, l'impulsion qui pourrait être donnée par quelques pays influents et développés, pourrait servir d'exemple pour amorcer le processus.

67/ L'appartenance à l'OMC comme préalable obligatoire. Il faut toutefois exiger des pays signataires d'une telle convention qu'ils aient au préalable, pour des raisons de cohérence, adhéré à la Convention de New-York sur la compétence et la reconnaissance des jugements en matière civile et

185 F. Dessemontet, Quelques observations à propos du projet de l'*American Law Institute* sur les conflits de juridictions et la propriété intellectuelle, disponible sur :

www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/M%C3%A9langes%20Druey.pdf, p. 2 n°4

186 Avec R.C. Dreyfuss et J.C. Ginsburg.

187 Convention de New-York de 1958, ratifiée à ce jour par 141 pays.

188 www.wto.org/french/news_f/news08_f/acc_capverde_july08_f.htm : Le Cap Vert devient le 153ème pays membre de l'OMC.

189 F. Dessemontet, Quelques observations à propos du projet de l'*American Law Institute* sur les conflits de juridiction et la propriété intellectuelle, *op. cit.* (note 185), p. 5, n°7.

commerciale de 1958 et soient partie à l'OMC. Nous ne partageons pas sur ce point l'opinion de M. Dessemontet qui considère que « l'appartenance à l'OMC ne devrait pas constituer une condition préalable à la ratification d'un instrument correspondant à l'avant projet de l'ALI »¹⁹⁰. Les accords GATT¹⁹¹, ayant donné naissance à l'OMC, procèdent d'une logique d'uniformisation. L'annexe consacrée à l'accord ADPIC tend à rapprocher et à uniformiser les législations nationales en matière de contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle¹⁹², c'est aussi l'objectif du rapport de l'ALI. Pour cette raison, et toujours dans un esprit de cohérence, il nous paraît souhaitable, si la forme de la convention était choisie, de subordonner sa ratification à la signature de la convention de l'OMC. De plus, un élément textuel milite en faveur de notre proposition : il s'agit de l'article §204 (3) précédemment évoqué¹⁹³. Il semblerait paradoxal que les rédacteurs aient voulu à la fois protéger le demandeur en lui permettant d'obtenir une réparation intégrale devant un autre Etat que celui du défendeur lorsque celui-ci n'est pas membre de l'OMC¹⁹⁴ et qu'ils ne subordonnent pas l'application de ces règles à l'intégration des États au sein de l'OMC. Un tel paradoxe ne devrait pas exister.

68/ Le droit savant, une source du droit. On peut dès lors se demander comment, en dehors d'une convention internationale, les solutions retenues pourraient inspirer les juges français. Bien plus que les différentes branches internes du droit, le droit international privé a été le berceau des plus éminents théoriciens comme Pillet ou Savigny¹⁹⁵, de ce fait, nul ne nie, et ne peut nier, que la doctrine internationaliste est une source d'inspiration pour le législateur mais aussi pour le juge.

Dans un ouvrage consacré à cette source du droit, MM. Jestaz et Jamin écrivent : « On ne peut [...] que constater un pouvoir doctrinal, pouvoir de fait, purement persuasif mais indéniable. L'influence de la doctrine varie selon les conditions propres à chaque société, selon la force respective des autres sources, selon les branches du droit et bien entendu selon la qualité des écrits doctrinaux, mais en toute hypothèse, elle n'est jamais nulle. Partout où existe un droit savant, le docteur participe à la production du droit par le seul fait qu'il le commente »¹⁹⁶. Il est indéniable que la doctrine occupe une place centrale dans l'élaboration

190 F. Dessemontet, Quelques observations à propos du projet de l'*American Law Institute* sur les conflits de juridiction et la propriété intellectuelle, *op. cit.* (note 185), p. 5-6, n°8 et 9.

191 *General Agreement on Tariffs and Trade*.

192 Note 169.

193 *Supra* n° 64, note 178.

194 Avec le risque sous-jacent d'un procès déséquilibré en faveur du défendeur puisque ces États sont présumés être peu protecteurs des droits de la propriété intellectuelle.

195 B. Audit, *Droit international privé*, *op. cit.* (note 36), p. 61, n°70 et s.

196 P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 6.

du droit international privé et nous pouvons alors faire un vœu : celui de voir le juge français s'inspirer des solutions retenues, d'être persuadé de la justesse de ses raisonnements, mais surtout de ne jamais céder à la tentation de systématiser les solutions sans distinguer l'objet du litige et le mode de communication utilisé.

69/ Conclusion générale. Les règles de compétence juridictionnelle internationales ont « pour fonction de favoriser les droits de la demande, tout en respectant les exigences de proximité et de prévisibilité. Elles ouvrent une option au défendeur et lui permettent de saisir, à son choix, une autre juridiction que le for du défendeur ». ¹⁹⁷

De ce fait, l'une des questions qui s'est posée était de savoir s'il était possible de déterminer des critères de rattachement objectifs pouvant déterminer la compétence des tribunaux français ¹⁹⁸ afin de respecter ces principes de base du droit processuel. Nous pouvons conclure, au terme de notre étude, à l'impossibilité d'une telle démarche. Il nous apparaît alors souhaitable de s'orienter vers plusieurs critères cumulatifs qui sont autant d'indices conférant la compétence ou non aux tribunaux de tel ou tel Etat. Ces critères ne se révèlent efficaces que s'ils sont subjectifs et non pas objectifs. La subjectivité ne doit pas s'entendre comme effaçant toute certitude et laissant le champ libre à l'aléa. Au contraire, le juge serait le bienvenu d'appliquer des critères distincts selon le droit en cause (le droit d'auteur, le commerce électronique ou le droit des marques), il sera alors à même de garantir les principes fondamentaux du droit, comme la nécessaire proximité entre le litige et le for. À la responsabilité du juge succède celle des organisations internationales. Une uniformisation des règles procédurales n'est pas seulement souhaitable mais elle est urgente à la préservation de l'ordre public et à la cohérence du droit d'auteur et du droit international privé dans leur ensemble.

197 O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.* (note 133), p.380, n°615.

198 *Supra* n° 12.