

Compétence internationale en matière
d'atteinte aux droits de propriété
intellectuelle sur Internet

Droit international privé américain,
européen et suisse

Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de
Neuchâtel

pour l'obtention du titre de docteur en droit

par

MANON FELLRATH

Acceptée sur proposition du jury de thèse :

Prof. Florence Guillaume, directrice de thèse

Prof. Daniel Kraus, rapporteur interne

Prof. Andrea Bonomi, rapporteur externe

Soutenue le 16 février 2017 à l'Université de Neuchâtel

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**COMPÉTENCE INTERNATIONALE EN MATIÈRE D'ATTEINTE AUX DROITS
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE SUR INTERNET
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AMÉRICAIN, EUROPÉEN ET SUISSE**

Manon FELLRATH

**UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DE DROIT**

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

M. Minh Son Nguyen (président)
Mme Florence Guillaume (directrice de thèse)
M. Daniel Kraus (rapporteur interne)
M. Andrea Bonomi (Professeur à l'Université de Lausanne, rappor-
teur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 16 février 2017



Evelyn Clerc
Doyen de la Faculté de droit

Mots clés : Acte illicite, Analyse comparative, Atteinte aux droits de propriété intellectuelle, Atteinte transfrontalière, Critères de rattachement, Compétence internationale, Conflit de juridictions, Contrefaçon, Délits, Domicile, Droit international privé, Droit international privé américain, Droit international privé européen, Droit international privé suisse, Europe, International, Internet, Lieu de l'acte, Lieu du résultat, Piraterie, Propositions conventionnelles, Propriété intellectuelle, Résidence habituelle, Responsabilité civile, Responsabilité délictuelle, Suisse, USA.

Key words : Torts, Comparative analysis, Intellectual Property Infringement, Transboundary damage, Connecting factors, International Jurisdiction, Jurisdiction rules, Counterfeit, Delict, Domicil, Conflict of Laws, American Conflict of Laws, european Conflict of laws, Swiss Conflict of Laws, Europe, International, Internet, The Place where the act occurred, The Place where the result occurred, Piracy, Conventional Proposals, Habitual Residence, Civil Liability, Tort Liability, Switzerland, USA.

Résumé : A l'heure du numérique et de la globalisation exponentielle du commerce électronique, Internet est devenu incontournable. Au même titre que l'utilisation de nouvelles formes d'exploitation – telles que la Vidéo à la demande et le streaming – ou que les plateformes de ventes aux enchères qui sont devenues essentielles au développement commercial des biens et services à l'échelle mondiale, Internet est omniprésent dans les quotidiens des particuliers.

Un domaine spécifique a su tirer profit des avantages qu'offre Internet : la propriété intellectuelle. Celle-ci s'est en effet particulièrement bien adaptée à ce nouvel environnement numérique et y a d'ailleurs effectué une migration efficace, grâce, notamment, aux systèmes de numérisation.

Cet environnement numérique a toutefois entraîné comme corollaire une recrudescence des actes de contrefaçon et de piraterie. Ainsi et parallèlement aux formes traditionnelles d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, sont apparues de nouvelles formes d'atteintes, spécifiques à Internet, telles que le « *domain name grabbing* » ou cybersquattage. Au vu de leur ampleur, celles-ci semblent désormais véritablement relever du crime organisé et n'épargnent aucun secteur de l'économie mondiale.

Eu égard au caractère ubiquitaire d'Internet, les atteintes commises par ce biais se développent au-delà des frontières étatiques. Les délits ont ainsi non seulement un caractère transfrontalier mais également plurilocalisé, rendant ainsi très délicate la détermination de la compétence internationale du juge de la contrefaçon. Les personnes qui doivent engager des poursuites judiciaires font ainsi face à une sorte de nébuleuse dans laquelle il est difficile de se repérer. Dans l'hypothèse d'une marque enregistrée dans un pays A, contrefaite par une personne domiciliée dans le pays B, qui propose ladite contrefaçon sur un site hébergé dans le pays C et qui la commercialise dans les pays D, E, F, G ; quel tribunal saisir ? Quelles sont les règles applicables dans cet environnement par essence global ?

Lors d'un litige impliquant un élément d'extranéité, les règles déterminant la compétence internationale du juge relèvent du droit international privé. Or, les règles de droit international privé peinent à suivre le rythme effréné imposé par les récentes révolutions technologiques et la globalisation des échanges. A l'image de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale chapeauté par la Conférence de la Haye, abandonné dans son état initial, il n'existe à ce jour aucun instrument international d'envergure mondiale unifiant les règles de droit international privé. Actuellement, en l'absence de consensus international, les règles de conflit de

juridictions applicables en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle doivent être recherchées à l'échelon inférieur, dans les différents systèmes juridiques étatiques.

Il est en conséquence primordial d'établir des règles de conflit de juridictions unifiées en vue d'assurer la sécurité du droit ainsi que de renforcer les droits des victimes de contrefaçon et des différents acteurs d'Internet par l'application de règles claires et prévisibles. C'est dans cet objectif que s'inscrit la présente étude. Celle-ci a pour ambition de proposer des critères de rattachement permettant de fonder la compétence internationale du juge de la contrefaçon et de la piraterie lors d'atteintes commises par le biais d'Internet qui auraient vocation à trouver un consensus au niveau international.

A cette fin, la présente étude se concentre sur l'analyse des règles de conflit de juridictions dans les systèmes juridiques américain, européen et suisse. L'analyse comparative ainsi réalisée permet de mettre en exergue la diversité et parfois l'antinomie des règles de conflit de juridictions applicables dans ces différents systèmes.

Comment les tribunaux américains déterminent-ils leur compétence en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet ? Fondent-ils leur compétence sur la simple accessibilité d'un site Internet sur le territoire américain ou exigent-ils des liens plus étroits avec le for ? Quels sont les principes directeurs en la matière ? Sont-ils transposables ou, à tout le moins, existe-t-il des points de convergence avec les règles de conflit de juridictions européennes telles qu'elles ont été interprétées par les tribunaux européens ? La jurisprudence suisse suit-elle le modèle de sa sœur européenne en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet ? Le juge suisse peut-il être compétent pour se prononcer sur une atteinte commise en ligne si le seul lien avec le territoire est l'accessibilité dudit site Internet en Suisse ? Les règles de conflit de juridictions applicables en Suisse s'alignent-elles sur les tendances observées sur la scène internationale ?

Le présent travail de recherche développe, compare et propose des solutions concrètes à ces différentes problématiques en vue d'identifier les critères de rattachements idoines.

Summary : Given the exponential growth of e-commerce, the internet became a key player in today's digital world. As technological developments, such as video-on-demand, streaming and auction platforms, are becoming essential in the development of worldwide trade in goods and services, the internet is nowadays a must have in a citizen's daily life.

One area in particular has gained benefit from the internet's characteristics: intellectual property. This domain is especially well adapted to the digital environment and has therefore been able to efficiently leverage the advantages of the rapidly developing digital technology.

Unsurprisingly, this fertile digital environment has witnessed a proliferation of counterfeiting and piracy torts. Besides traditional forms of torts committed in intellectual property, new forms of torts specifically tailored to the online arena have emerged such as "domain name grabbing" or "cybersquatting". Their growing number and scale ever increasing, these torts are impacting every sector of the worldwide economy and have, therefore, to be considered as part of organised crime.

As the internet is *per se* ubiquitous, torts committed throughout this medium are per definition crossing geographic borders. Torts not only have cross-border, but also pluri-localised effects. This complicates significantly the exercise of international jurisdiction in cases of counterfeiting. When initiating a law suit, claimants are facing a nebulous situation, which leads to high legal uncertainty. If a trademark is registered in country A, counterfeited by a citizen of country B, who offers this counterfeit on a website hosted in country C, which is then further commercialised in countries D, E, F, G ; in which court should one be suing ? What are the applicable rules in this environment, which is global by nature ?

For litigation involving a cross-boarder element, jurisdiction is determined by private international law rules. An international instrument with a worldwide scope unifying the private international law rules does not yet exist. Indeed the project launched by The Hague Conference on International Jurisdiction and Recognition of foreign Judgments has been abandoned in his initial form. Whilst international consensus is lacking, conflict of jurisdiction rules in cases of intellectual property tort can be found incorporated into the different legal systems.

It is essential that a clear, predictable and unified conflict of jurisdiction rules be established in order to ensure legal security and certainty and to strengthen the legal position of victims as well as different internet actors' rights. This study proposes connecting factors determining international Jurisdiction in cases of

counterfeit or piracy committed on internet, in order to reach an international consensus on the matter.

The study is focusing on the comparison between conflict of jurisdiction rules in the American, European and Swiss legal systems. This comparative analysis highlights the legal diversity and sometimes even some inconsistencies between the approaches taken in the different legal systems.

How do American courts exercise jurisdiction in cases of intellectual property torts on the internet ? Is the mere accessibility of a website in a territory a sufficient ground for jurisdiction or is this connection too tenuous ? What are the general jurisdictional principles applicable in USA ? Are these principles similar to the European ones, such as interpreted by European courts ? Is Swiss case law aligned with its European neighbours in cases of intellectual property breaches on the internet ? Will a Swiss judge have jurisdiction over torts committed on Internet if the only connecting factor with Switzerland is the mere accessibility of the website in the country ? Are the Swiss rules in line with the international trends in terms jurisdiction ?

This study not only develops and compares but also proposes concrete solutions to these various conundrums in order to identify the relevant connecting factors.

À ma famille

REMERCIEMENTS

« Le bonheur n'est pas au bout du chemin, le bonheur c'est le chemin »¹

En parfait accord avec cet adage, les années que j'ai passées au sein de l'université de Neuchâtel ont été riches en expériences et en rencontres. Par ces quelques lignes, je souhaite exprimer ma gratitude à tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, m'ont accompagnée sur ce chemin.

Je tiens tout particulièrement à remercier la Prof. Florence Guillaume, ma directrice de thèse, de m'avoir ouvert les portes de cette formidable aventure doctorale. Je la remercie pour son soutien motivé et motivant, pour sa bonne humeur et sa présence réconfortante, ainsi que pour ses encouragements bienveillants qui m'ont permis de garder le bon cap et de surmonter les obstacles pour atteindre mon objectif.

Mes remerciements s'adressent aussi à mon jury de thèse composé des Prof. Daniel Kraus, rapporteur interne, et Prof. Andrea Bonomi, rapporteur externe, pour leur lecture attentive et leurs précieux commentaires. Merci à eux d'avoir fait de ma soutenance de thèse un moment si riche et intense.

Je tiens en outre à remercier le Fonds National Suisse ainsi que la Prof. Jane Ginsburg pour m'avoir offert l'opportunité unique de séjourner au sein de la *Columbia Law School* de New York. Ce séjour de huit mois a marqué un tournant dans l'accomplissement de mon travail de doctorat et m'a ouvert de nouvelles perspectives.

Je tiens également à remercier mes collègues de bureau et d'aventure, Aurélie, Bastien, Alice, Nadia, Marine, Raphaël et Sonia qui ont animé et égayé ces quelques années passées en leur compagnie. Je les remercie pour ces moments de partage scientifique et de sincère complicité que je garderai précieusement en mémoire. Un grand merci également à mes collègues assistants, et particulièrement à Rachel, pour avoir toujours été présents pour moi durant cette période.

¹ Proverbe tibétain

Un grand merci aux courageux relecteurs, ma maman, Aline, ainsi que Jean Perrenoud, qui ont pris cette tâche à cœur et qui m'ont épargné de nombreuses et précieuses heures de travail. Merci également à Carine Magne, Sylvia Staehli et Vivianne Perratone pour leur soutien logistique, informatique et administratif essentiel.

Finalement, je n'aurais pas pu achever cette belle aventure sans le soutien inconditionnel de mes amis et de ma famille.

J'ai en effet toujours pu compter sur mes amis proches, tout particulièrement sur Adeline, pour me porter et me supporter en toutes circonstances.

Mon bonheur n'aurait pas été complet sans avoir la chance de le partager avec ma famille, la réelle source de mes ressources. Merci à mon mari, ami et confident, Bernard, d'avoir cru en moi et en ce projet un peu fou. Je le remercie de m'avoir soutenue pendant mon parcours, d'étape en étape et d'avoir fait de ce chemin une passionnante et formidable aventure. Merci à ma famille, Milos et Alena, Michel et Aline, Julia et Florent, ainsi qu'à ma belle-famille. Merci à eux d'avoir su trouver les mots justes en toutes circonstances, d'avoir su me réconforter et m'entourer dans les moments difficiles comme dans les moments de joie et de bonheur. Je n'ai pas de mots pour exprimer ma profonde gratitude.

A toutes ces personnes ainsi qu'à celles que j'aurais malencontreusement oubliées, un grand merci du fond du cœur.

État des recherches :

La doctrine, la jurisprudence et les documents officiels ont été pris en compte jusqu'au 16 février 2017.

Les liens aux sites internet ont également été consultés 16 février 2017.

Table des matières

TABLE DES MATIERES	XV
--------------------------	----

TABLE DES ABREVIATIONS	XXIX
------------------------------	------

BIBLIOGRAPHIE	XXXVII
---------------------	--------

I. Doctrine	XXXVII
--------------------------	---------------

A. En droit international	XXXVII
---------------------------------	--------

B. En droit américain	XLVIII
-----------------------------	--------

C. En droit européen	L
----------------------------	---

D. En droit suisse.....	LXI
-------------------------	-----

II. Rapports	LXVII
---------------------------	--------------

III. Messages du Conseil fédéral.....	LXXII
--	--------------

IV. Jurisprudence citée	LXXII
--------------------------------------	--------------

A. Jurisprudence américaine	LXXII
-----------------------------------	-------

B. Jurisprudence européenne	LXXVI
-----------------------------------	-------

1. Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme	LXXVI
--	-------

2. Décisions de la Cour de justice européenne.....	LXXVI
--	-------

a) Décisions préjudicielles	LXXVI
-----------------------------------	-------

b) Conclusions de l'avocat général	LXXIX
--	-------

3. Décisions des États membres de l'Union européenne	LXXIX
--	-------

a) Allemagne	LXXIX
--------------------	-------

b) Angleterre.....	LXXX
--------------------	------

c) Autriche.....	LXXXI
------------------	-------

d) Belgique	LXXXI
-------------------	-------

e) Ecosse.....	LXXXII
----------------	--------

f) France	LXXXII
-----------------	--------

g) Pays-Bas	LXXXIII
-------------------	---------

C. Jurisprudence suisse	LXXXIII
-------------------------------	---------

1. Jurisprudence fédérale	LXXXIII
2. Jurisprudence cantonale	LXXXV
V. Textes de lois et autres textes	LXXXV
A. En droit américain	LXXXV
B. En droit européen	LXXXVI
C. En droit suisse.....	LXXXIX
D. Soft law	XC

INTRODUCTION	1
---------------------------	----------

CHAPITRE PREMIER. DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE SUR INTERNET.....	5
--	----------

I. Contexte actuel.....	5
--------------------------------	----------

II. Contrefaçon sur Internet.....	10
--	-----------

A. Internet	10
1. Notions	10
a) Définition	10
b) Commerce électronique	13
c) Acteurs d'Internet	13
i. Acteurs principaux.....	14
ii. Intermédiaires	14
(a) Fournisseur d'hébergement Internet	15
(b) Fournisseur d'accès Internet	15
(c) Fournisseurs d'outils de recherche.....	16
2. Caractéristiques d'Internet	16
a) Localisation	17
i. Difficultés de localisation.....	17
ii. Moyens techniques de localisation.....	18
(a) Adresses IP	18
(b) Noms de domaine.....	19
(1) Définition et structure des noms de domaine.....	19
(2) Gestion et libéralisation des noms de domaine	20
(c) Défaut de données géolocalisables	21
iii. La technologie au service de la localisation.....	23

b) Accessibilité	24
B. Propriété intellectuelle et Internet	24
1. Définition	25
2. La propriété intellectuelle à l'ère du numérique	28
3. Atteintes à un droit de propriété intellectuelle	31
a) Notion de contrefaçon	31
b) Formes d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle en ligne	32
i. Atteintes au droit des marques	33
(a) Signes distinctifs	34
(b) Noms de domaine	34
(1) Introduction	35
(2) Cybersquattage	35
(c) Autres types d'atteintes	36
ii. Atteintes au droit d'auteur	38
iii. Atteintes au droit des brevets	39
iv. Vente de produits contrefaits ou piratés	40
4. Moyens de protection	41
a) Protection des droits en amont	41
b) Protection des droits de propriété intellectuelle en justice	42
i. Les intermédiaires	42
(a) Mesures de blocage et de filtrage	43
(b) Responsabilité des intermédiaires	45
ii. Le contrefacteur	46
c) Procédure extrajudiciaire de l'OMPI	46
III. Droit international privé et Internet	47
A. Droit du Cyberspace ?	48
B. Droit international privé	49
1. Des règles applicables	49
2. Des règles inadaptées	50
IV. Vers un droit international privé de la propriété intellectuelle ?	51
A. Introduction	51
B. Instruments d'harmonisation de la propriété intellectuelle	52
1. A l'échelon international	52
a) OMPI	52
i. Convention de Paris	53

ii. Convention de Berne	55
iii. Traités sur le droit d’auteur	56
iv. Arrangement de Madrid	57
b) OMC	58
i. Accord ADPIC	58
2. A l’échelon interne	60
a) Droit d’auteur	60
b) Droits de propriété industrielle	62
i. Marques de l’Union européenne	62
ii. Brevet de l’Union européenne.....	64
3. Absence de droit uniforme déterminant	65
C. Projet de Convention de La Haye sur les jugements.....	66
1. Propriété intellectuelle	68
2. Internet.....	70
D. Conclusions intermédiaires	72
V. Délimitation de l’objet de la présente étude	73
A. Compétence internationale.....	73
B. Systèmes juridiques choisis.....	76
1. Droit américain	76
a) Cadre général	76
b) Systématique des règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle.....	77
i. Compétence razione materiae	79
ii. Compétence razione personae.....	80
c) Voies de recours.....	83
2. Droit européen.....	84
a) Cadre général	84
b) Systématique des règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle.....	84
3. Droit suisse.....	88
a) Cadre général	88
b) Systématique des règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle.....	89
i. Convention de Lugano	89
ii. LDIP.....	91
VI. Synthèse	92

CHAPITRE DEUXIEME. COMPETENCE INTERNATIONALE EN MATIERE D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE HORS LIGNE	95
I. Introduction	95
II. Droit américain	96
A. Compétence matérielle	96
B. Compétence personnelle	99
1. Présence/domicile du défendeur dans l'État du for.....	99
a) Présence.....	100
b) Domicile	100
2. Présence/domicile du défendeur en dehors de l'État du for.....	100
a) Long-arm statutes.....	101
b) Due process	102
i. <i>Minimum contacts</i>	103
(a) Compétence personnelle générale.....	103
(b) Compétence personnelle spéciale	104
ii. <i>Traditional notions of fair play and substantial justice</i>	106
III. Droit européen	107
A. Compétence générale	107
1. Domicile du défendeur.....	107
2. Exclusion du forum non conveniens	109
B. Compétence spéciale en matière délictuelle	110
1. Champ d'application.....	110
a) Matière délictuelle ou quasi délictuelle	110
b) Actions en matière de propriété intellectuelle	111
2. Localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit	112
a) Principe d'ubiquité	113
b) Principe de la mosaïque	114
c) Notion de dommage	115
d) Pluralité de contrefacteurs.....	116
3. Cas particulier des marques et des brevets de l'Union européenne.....	116
a) Marques de l'Union européenne.....	117
b) Brevets de l'Union européenne	118
IV. Droit suisse	119

A.	Convention de Lugano	120
1.	Compétence générale.....	120
2.	Compétence spéciale.....	122
a)	Champ d'application.....	122
b)	Localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit.	124
3.	Articulation entre l'art. 5 ch. 3 CL et l'art. 2 CL en matière de violation de droits de propriété intellectuelle.	127
4.	Articulation entre l'art. 2 CL et l'art. 5 ch. 3 CL avec la LDIP	127
B.	LDIP	128
1.	Compétence générale.....	128
2.	Compétence spéciale.....	129
a)	Historique.....	129
b)	Actions portant sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle.....	134
i.	Validité ou inscription d'un titre étranger.....	136
ii.	Droits d'auteur et droits voisins	137
iii.	Titularité des droits de propriété intellectuelle.....	137
c)	Actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle ...	138
i.	Domicile du défendeur.....	139
(a)	Domicile d'une personne physique.....	139
(b)	Résidence habituelle.....	140
(c)	Domicile des sociétés.....	141
(d)	Art. 109 al. 2, 1 ^{ère} phrase LDIP	141
ii.	Lieu de l'acte ou du résultat	143
iii.	Lieu de l'établissement.....	145
C.	Compétence en matière de violation de droits de propriété intellectuelle vs compétence en matière d'inscription ou de validité de droits de propriété intellectuelle	146
V.	Vers une compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon ?.....	150
A.	Le principe de territorialité.....	151
1.	Le principe de territorialité de limitation.....	152
2.	Le principe de territorialité de conflit de lois	155
a)	Lex protectionis.....	155
b)	Souveraineté territoriale.....	156
B.	Tendances en matière de conflit de juridictions	157
1.	Tendance territorialiste	157

a) Aux États-Unis	158
b) En Europe et en Suisse.....	159
i. Avant l'adoption de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano	159
ii. Après l'adoption de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano	160
2. Tendence universaliste.....	164
C. Fors extraterritoriaux	167
1. For du défendeur	167
2. Autres fors extraterritoriaux.....	169
D. Internet et le principe de territorialité.....	170
1. Une problématique territoriale à l'échelle globale.....	170
2. Délits dissociés vs délits complexes	172
3. Localisation du <i>forum delicti</i>	173
E. Conclusion : une territorialité en perte de légitimité	175
VI. Synthèse	177

CHAPITRE TROISIEME. COMPETENCE INTERNATIONALE EN MATIERE D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN LIGNE 181

I. En droit américain	181
A. Introduction	181
B. Interprétation des long-arm statutes.....	183
C. General Jurisdiction.....	186
D. Specific Jurisdiction	190
1. Principe de l'interactivité	190
a) Arrêt Inset Systems c. Instruction Set	190
b) Arrêt Maritz c. Cybergold.....	192
c) Arrêt Bensusan c. King	193
d) Arrêt Zippo.....	195
e) Arrêt Cybersell	198
f) Arrêt Molnlycke Health	199
g) Arrêt ALS Scan.....	200
h) Arrêt Toys « R » Us	201
i) Arrêt McBee c. Delica Co.....	203

j) Conclusions intermédiaires.....	206
2. Principe de l'« effect test »	208
a) Arrêt Calder.....	208
b) Arrêt Euromarket	209
c) Arrêt Carefirst of Maryland	210
d) Arrêt Richter c. Instar.....	212
e) Conclusions intermédiaires.....	214
E. Propositions doctrinales	217
1. Théorie de GEIST.....	217
2. Théorie de STEIN.....	219
3. Théorie de FLOYD DOUGLAS et BARADARAN-ROBISON SHIMA.....	220
F. Conclusion	222
II. En droit européen.....	224
A. Introduction	224
B. For général du domicile du défendeur	224
C. For spécial du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.....	225
1. Notion.....	225
2. Lieu du résultat dommageable.....	227
a) Jurisprudence nationale.....	229
i. En France	229
(a) Principe de l'accessibilité.....	229
(b) Principe du « lien suffisant, substantiel ou significatif ».....	230
(c) Principe de l'impact économique.....	232
ii. En Allemagne	233
(a) Principe de l'accessibilité.....	233
(b) Principe du public visé	233
iii. Au Royaume-Uni	235
(a) En Angleterre	236
(b) En Écosse	240
iv. En Autriche.....	241
v. Conclusions intermédiaires	241
b) Jurisprudence de la Cour de justice européenne	242
i. Principe de l'accessibilité du site Internet (site actif /site passif)	242
ii. Principe du centre des intérêts.....	243
iii. Principe de l'accessibilité « conditionnelle ».....	245
(a) Arrêt Wintersteiger.....	245

(b) Arrêt Pinckney.....	247
(c) Arrêt Hejduk.....	249
iv. Conclusions intermédiaires	251
(a) En matière d'atteinte à la propriété industrielle.....	251
(b) En matière d'atteinte au droit d'auteur	252
c) Discussion autour des principes jurisprudentiels	253
i. Localisation au lieu où le site Internet est accessible.....	254
(a) Arguments en faveur du critère de l'accessibilité.....	254
(b) Conséquences.....	255
(1) Forum actoris.....	255
(2) Compétence « universelle »	256
(3) Forum shopping.....	257
(4) Le dommage	258
(A) Evaluation du dommage initial.....	258
(B) Réparation du dommage.....	260
ii. Localisation au centre des intérêts de la victime.....	263
iii. Localisation au lieu ciblé par le site Internet.....	263
3. Lieu de l'évènement causal.....	266
a) Jurisprudence nationale.....	267
b) En droit européen	268
i. Lieu d'établissement du contrefacteur	268
(a) Arrêt eDate	268
(b) Arrêt Wintersteiger.....	269
(c) Arrêt Pinckney.....	271
(d) Arrêt Hejduk.....	271
ii. Conclusions intermédiaires	272
c) Discussion autour des principes jurisprudentiels	272
i. Localisation au lieu de l'établissement ou au siège du contrefacteur.....	273
(a) Adéquation de la localisation	273
(b) Principe de territorialité.....	274
ii. Localisation au lieu où le serveur est localisé et/ou au lieu où le matériel contrefait est mis en ligne (« uploaded »)	275
D. Conclusion	277
1. Localisation par application du droit matériel.....	279
2. Compétence internationale et interne de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et de ses versions ultérieures	282
III. En droit suisse	284
A. Introduction	284
B. For général du domicile du défendeur	285

C. For spécial au lieu où l'acte dommageable s'est produit ou risque de se produire.....	286
1. État de la jurisprudence suisse	286
2. Lieu du résultat dommageable.....	287
a) Jurisprudence suisse	287
i. Convention de Lugano	287
ii. LDIP.....	288
(a) Règle spéciale en matière de propriété intellectuelle.....	289
(1) Art. 109 al. 1 LDIP, version antérieure	289
(2) Art. 109 al. 2 LDIP en vigueur.....	289
iii. Conclusions intermédiaires	291
iv. Autres dispositions applicables en matière délictuelle	291
(a) Introduction	291
(b) Art. 129 al. 1 LDIP	292
(c) Art. 25 aLFors	293
b) Transposition des principes dégagés en droit européen.....	294
i. Interprétation conforme à la Convention de Bruxelles.....	294
ii. Constat	297
iii. Principe de l'accessibilité conditionnelle.....	297
(a) En matière d'atteinte à la propriété industrielle.....	297
(b) En matière d'atteinte au droit d'auteur	298
c) Discussion autour des principes jurisprudentiels	300
i. Localisation au lieu où le site Internet est accessible.....	300
ii. Localisation au lieu où le site Internet est accessible conformément à sa finalité (« bestimmungsgemäss abrufbar »).....	301
(a) Définition.....	302
(b) Critères techniques retenus	303
iii. Autres critères de localisation proposés par la doctrine.....	304
(a) Critère du ciblage	304
(b) Critère du domicile du lésé	305
(c) Critère de l'impact.....	306
(d) Critère du téléchargement	306
3. Lieu de l'évènement causal.....	307
a) Jurisprudence suisse	307
i. Art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP	307
ii. Art. 129 al. 1 LDIP	308
b) Transposition des principes dégagés en droit européen.....	308
i. Constat	308
ii. Lieu d'établissement du contrefacteur	309
(a) En matière d'atteinte à la propriété industrielle.....	309

(b) En matière d'atteinte au droit d'auteur	310
c) Discussion autour des principes jurisprudentiels	311
i. Localisation au lieu de l'établissement du contrefacteur	311
(a) Principe de territorialité	311
(b) Adéquation du critère retenu par la Cour de justice	312
ii. Autres critères de localisation proposés	312
(a) Lieu de la mise en ligne	313
(b) Lieu où le serveur est localisé	314
4. Conclusion	315
a) Principe d'ubiquité	315
i. Lieu du résultat dommageable	315
ii. Lieu de l'évènement causal	316
b) Application de l'arrêt Shevill	317
c) Compétence internationale et interne	317
d) Compétence en matière de brevets d'invention	319
IV. Synthèse	320
 CHAPITRE QUATRIEME. PROPOSITION DE REGLE DE CONFLIT DE JURIDICTIONS EN MATIERE D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE SUR INTERNET	 323
I. Constat	323
II. Soft law	324
A. ALI	325
1. Compétence générale	326
2. Compétence spéciale	327
B. CLIP	328
1. Compétence générale	329
2. Compétence spéciale	329
C. Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet	331
III. Approche retenue	332
A. Objectif	332
B. Maintien de l'approche traditionnelle de droit international privé	333

C.	For général et for spécial	334
1.	For général au domicile du défendeur	334
2.	For spécial au lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire	335
a)	Raison d'être	335
b)	Principe d'ubiquité	336
c)	Importance pratique du for	336
IV.	For au lieu du résultat dommageable	338
A.	Cadre général	338
1.	Grandes tendances	338
a)	Principe de l'accessibilité	338
b)	Principe des liens plus étroits que l'accessibilité	340
2.	Pesée des intérêts	341
a)	Demandeur vs défendeur	341
b)	Compétence universelle et flexibilité vs sécurité et prévisibilité.....	342
c)	Économie de procédure vs examen substantiel	343
d)	Conclusion.....	343
3.	Critère retenu.....	345
a)	Liens étroits	345
b)	Critères écartés	346
i.	Critère de l'effet.....	346
ii.	<i>Zippo test</i>	348
iii.	Domicile du lésé	349
(a)	Avantages.....	349
(b)	Inconvénients	350
(c)	Un critère encore trop immature ?	351
c)	Le ciblage	352
i.	Plus petit dénominateur commun.....	352
ii.	Neutralité technologique	353
iii.	Favorable au développement du commerce électronique.....	353
B.	Le ciblage.....	354
1.	Critère basé sur la volonté de cibler	355
i.	Intention.....	355
ii.	Nature du lien avec le territoire ciblé.....	356
2.	Méthode choisie	357
a)	Règle générale.....	357

b) Critères déterminant le ciblage	357
i. Analogie avec les règles applicables en matière de contrat de consommation ?	358
ii. Examen du site Internet	360
(a) Éléments induisant un ciblage : éléments positifs	360
(1) Éléments intrinsèques au site Internet	361
(A) Interactivité du site	361
(B) Noms de domaine	362
(C) Langue	364
(D) Formalités d'enregistrement et /ou d'abonnement	366
(E) Service de référencement	367
(F) Pays visés	368
(G) Type de produits et services proposés sur le site	369
(H) « Hits » (clics) provenant d'un certain territoire	369
(I) Autres éléments intrinsèques	370
(2) Éléments extrinsèques au site Internet	371
(A) Vente de produits et services	371
(B) Modalités de livraison et paiement	372
(C) Distance entre les États concernés	373
(D) Autres éléments extrinsèques	374
(b) Élément excluant un ciblage : éléments négatifs	374
(1) Disclaimer	375
(2) Blocage géographique	377
(3) Filtrage géographique	378
c) Inconvénients de la méthode	379
i. Pluralité d'États ciblés	379
ii. Absence de ciblage	381
3. Application du critère	383
a) Dommage initial	383
b) Forum delicti et forum protectionis	384
i. « Soft law »	384
ii. Examen de la violation du droit au stade de la détermination de la compétence	385
(a) Examen limité à la potentialité de l'atteinte	385
(b) Examen proche de celui au fond	388
(c) Faits doublement pertinents	389
iii. Objectif idéal : une approche universaliste	392
iv. Solution retenue : une approche pragmatique du <i>forum damni</i>	394
c) Réparation du dommage	395
d) Forum non conveniens	398
V. For de l'évènement causal	399

A.	Cadre général	399
B.	Tendances en matière de localisation	400
1.	Lieu de la mise en ligne	400
2.	Lieu où le serveur est situé.....	401
3.	For au lieu de l'établissement ou du siège du contrefacteur	402
a)	Notions	402
i.	Personnes morales	402
ii.	Personnes physiques	405
b)	Avantages	406
c)	Inconvénients	407
i.	Identité avec le lieu de la mise en ligne ?	407
ii.	Identité avec le for du domicile du défendeur.....	407
C.	Solution proposée	408
1.	Lieu où le défendeur a agi de façon substantielle	408
2.	Application du critère	410
a)	Forum acti et forum protectionis	410
b)	Réparation du dommage	412
VI.	Questions connexes.....	412
A.	Compétence internationale et interne.....	412
B.	Relation avec le droit applicable et la reconnaissance	413
1.	Droit applicable	414
2.	Reconnaissance	415
C.	Règles de coordination de procédure.....	416
VII.	Synthèse	418
	CONCLUSIONS FINALES	421

Table des abréviations

aCL	Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (RS 0.275.11)
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
ADPIC	Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ADPIC ; RS 0.632.20)
AELE	Association européenne de libre-échange
aff.	affaire(s)
al.	alinéa(s)
ALI	American Law Institute
art.	article(s)
aTCE	anciennement « Traité instituant la Communauté européenne »
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGH	Bundesgerichtshof
BIRPI	Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (actuellement : OMPI)
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des États
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BSK	Basler Kommentar
c/	contre
C. cass.	Cour de cassation (française)
CA Paris	Cour d'appel de Paris

Cass. civ.	Cour de cassation (française), chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation (française), chambre commerciale
C.D. Ill.	United States Central District of Illinois
Cir. N.J.	United States Circuit of New Jersey
Cir. N.Y.	United States Circuit of New York
C.P.L.R New York	Civil Practice Law and Rules of New York
CB	Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Bruxelles le 27 septembre 1968
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CERN	Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre(s)
Cir.	Circuit
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (cité : Cour de justice européenne)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (cité : Cour de justice européenne)
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (RO 2010 5601)
CLIP	Conflict of Laws in Intellectual Property
cons.	considérant(s)
COM	Commission
CPC	Code de procédure civile suisse
CMLR	Common Market Law Review
(d)	arrêt rendu en allemand
xxx	

D. Conn.	United States District of Connecticut
D.N.J.	United States District of New Jersey
D.R.I.	United States District of Rhode Island
D.S.C.	United States District of South Carolina
Doc. pré.	Document préliminaire
éd.	édition
E.D. Mo.	United States Eastern District of Missouri
E.D. Pa.	United States Eastern District of Pennsylvania
édit.	éditeur(s)
EIPR	European Intellectual Property Review
et al.	et alii (et autres)
etc.	et caetera (et le reste)
ETMR	European Trade Mark Reports
EU	European Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
JIA	Journal of International Arbitration
(f)	arrêt rendu en français
F. 2d	West's Federal Reporter, Second Series
F. 3d	West's Federal Reporter, Third Series
F. Supp.	West's Federal Supplement
Fed. Cir.	Federal Circuit of United States
FF	Feuille fédérale

FSR	Fleet Street Reports
GCPIC	Group of Consultants on The Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights transmitted through Global Digital Network
GRUR int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HADOPI	Haute Autorité [française] pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
HCCH	Hague Conference on Private International Law = Conférence de La Haye de droit international privé
(i)	arrêt rendu en italien
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICT	Information and communication Technology
ILA	International Law Association
in	dans
Ing.-Cons.	Revue (belge) de droit intellectuel – L’Ingénieur-Conseil
IP	Intellectual Property = Propriété intellectuelle
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
IPR	Intellectual Property Rights = Droits de propriété intellectuelle
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (RS 291)
ITU	International Telecommunication Union
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique – édition générale)
JCPE	Semaine juridique – Entreprise et affaires
JDI	Journal du droit international
JdT	Journal des tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes

JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JIA	Journal of International Arbitration
JZ	JuristenZeitung
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (RO 2000 2355)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
LRDC	Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (RO 12 337)
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
N.D. Cal.	United States District Court of the Northern District of California
N.D. Ill.	United States District Court of the Northern District of Illinois
N.D. Miss.	United States District Court of the Northern District of Mississippi
n.p.	non publié (arrêt du Tribunal fédéral)
No ou n°	numéro(s)
not.	notamment
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODI	Ordonnance sur les domaines Internet
OFCOM	Office fédéral de la communication
OFS	Office fédéral de la statistique
OLG	Oberlandesgericht (Allemagne)

OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	page(s)
par.	Paragraphe(s)
PCT	Traité de coopération en matière de brevets
PJA	Pratique juridique actuelle
Rec.	Recueil
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RTDeur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	et suivant(e)
S.D.N.Y	United States District Court of the Southern District of New York
seq.	du mot latin <i>et sequentes</i> (et suivant(e)s en français)
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
TCE	Traité instituant la Communauté de l'Union européenne
TF	Tribunal fédéral suisse
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TLD	Top Level Domain
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (ADPIC en français)

U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U.S. App.	United States Court of Appeals
U.S.C.	United States [judicial] Code
U.S. Dist.	United States District Court
UK	United Kingdom
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
Vol.	Volume
W.D. Okla.	United States Western District of Oklahoma
W.D. Pa.	United States Western District of Pennsylvania
WWW	World Wide Web
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

Bibliographie

I. Doctrine

A. *En droit international*

BANHOLZER FELIX, Die internationale Gerichtszuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen im Internet – Unter besonderer Berücksichtigung des « fliegenden Gerichtsstands », Frankfurt-sur-le-Main 2011 (cité : Urheberrechtsverletzungen im Internet).

BARBOSA DENIS BORGES, Minimum standards vs. harmonization in the TRIPS Context : The Nature of Obligations under TRIPS and Modes of Implementation at the National Level in Monist and Dualist systems, in : CORREA C. M. (édit.), Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, Vol. 1, Cheltenham et Northampton 2010, p. 52-109.

BARIATTI STEFANIA (édit.), Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border : EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project, CEDAM Milan 2010.

BASEDOW JURGEN/KONO TOSHIYUKI/METZGER AXEL (édit.), Intellectual Property in the Global Arena, Tübingen 2010.

BASEDOW JURGEN, Foundations of Private International Law in Intellectual Property, in : BASEDOW J./KONO T./METZGER A. (édit.), Intellectual Property in the Global Arena, Tübingen 2010, p. 3-29 (cité : Foundations of Private International Law).

BENEDICT JEROME, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, in : BENEDICT J. et al. (édit.), Responsabilité civile et assurance : études en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, p. 11-43 (cité : Prestataires techniques sur Internet).

BERGE JEAN-SYLVESTRE, la protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle : Présentation – Textes – Jurisprudence, Bruxelles 2015 (cité : Propriété intellectuelle).

BOELE-WOELKI KATHARINA/KESSEDJIAN CATHERINE (édit.), Internet, which court decides, which law applies ? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?, Actes du colloque international en l'honneur de Michel Pelichet organisé par

l'Institut Molengraaff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de La Haye de Droit International Privé, La Haye/Londres/Boston 2001.

BURNSTEIN MATTHEW, A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, in : BOELE-WOELKI K./KESSEDJIAN C. (édit.), Internet, which court decides, which law applies ? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?, Actes du colloque international en l'honneur de Michel Pelichet organisé par l'Institut Molengraaff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye/Londres/Boston 2001, p. 23-34 (cité : A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment).

CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, sic ! 1997, p. 121-127 (cité : Droit des marques et Internet).

CLIFT CHARLES, Why IPR Issues Were Brought to GATT : A Historical Perspective on the Origins of TRIPS, in : CORREA C. M. (édit.), Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, Vol. 1, Cheltenham et Northampton 2010, p. 3-21 (cité : IPR and GATT).

COLANGELO ANTHONY J., What is extraterritorial jurisdiction ?, Cornell Law Review 2014, Vol. 99, p. 1303-1352 (cité : Extraterritorial jurisdiction).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Travail en cours en matière de Jugements, établi par la Bureau Permanent, Doc. préł. No 7B, janvier 2016, à l'attention du Conseil de mars 2016 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (cité : Travail en cours).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Rapport de la quatrième réunion du Groupe de travail relatif au projet sur les Jugements du 3 au 6 février 2014 et Projet de texte préliminaire résultant de la réunion, Doc. préł. No 7 B, février 2015 (cité : Projet sur les Jugements - Rapport de la quatrième réunion).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Quelques réflexions sur l'état actuel des négociations du projet sur les jugements dans le contexte du programme de travail futur de la Conférence, Doc. préł. No 16, février 2002 (cité : État actuel des négociations).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Rapport de la réunion d'experts sur les aspects de la propriété intellectuelle de la future Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, Genève le 1^{er} février 2001, Doc. préł. No 13, avril 2001 (cité : Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Note d'information sur les travaux des réunions informelles tenues depuis octobre 1999 afin d'examiner et de préparer des projets de texte sur des questions en suspens, Doc. pré-l. No 15, mai 2001 (cité : Note sur les travaux des réunions informelles).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Acte final de la Dix-huitième session, in : HCCH Publications, Proceedings of the Eighteenth Session 1999, p. 28-47 (cité : Acte final 18^{ème} session).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Liste récapitulative commentée des problèmes qui devront être discutés lors de la réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, Document établi par le Bureau Permanent, à l'intention de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Doc. pré-l. No 1, mai 1994 (cité : Liste récapitulative commentée des problèmes relatifs à la Convention).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (HCCH), Lettre du Département d'État des États-Unis d'Amérique au Bureau Permanent du 5 mai 1992, accessible sur le site www.hcch.net/index_fr.php > Entraide judiciaire et administrative et contentieux international > Compétence et exécution des jugements > Le « projet sur les Jugements » > Chronologie du projet sur les Jugements (y compris les documents de référence) > Proposition initiale (1992). (lien direct : <http://www.state.gov/documents/organization/65973.pdf>) (cité : Lettre).

DESSEMONDET FRANÇOIS, The ALI Principles : Intellectual Property in Transborder Litigation, in : BASEDOW J./KONO T./METZGER A. (édit.), Intellectual Property in the Global Arena, Tübingen 2010, p. 31-48 (cité : Transborder Litigation).

DESSEMONDET FRANÇOIS, Les Principes de l'*American Law Institute* sur la compétence internationale, le droit applicable et les jugements dans les causes civiles transnationales en matière de propriété intellectuelle, Bulletin CEDIDAC n° 5, mai 2009, p. 1-12 (cité : CEDIDAC n° 5, mai 2009).

DESSEMONDET FRANÇOIS, Les principes de l'*American Law Institute* pour les litiges internationaux de propriété intellectuelle, sic ! 2009, p. 290-301 (cité : Les principes de l'*American Law Institute*).

DESSEMONDET FRANÇOIS, International Private Law of Intellectual Property, in : SARCEVIC P./VOLKEN P./BONOMI A./ROMANO G. P. (édit.), Yearbook of Private

International Law 2004, Vol. VI, p. 71-84 (cité : International Private Law of Intellectual Property).

DESSEMONTET FRANÇOIS, Les conflits de compétence dans la propriété intellectuelle, in : FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE LAUSANNE (édit.), Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genève 2002, p. 57-68 (cité : Conflits de compétence).

DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, in : BOELE-WOELKI K./KESSEDJIAN C. (édit.), Internet, which court decides, which law applies ? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?, Actes du colloque international en l'honneur de Michel Pelichet organisé par l'Institut Molengraaff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye/Londres/Boston 2001, p. 47-64 (cité : Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé).

DESSEMONTET FRANÇOIS, Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace, JIA 2001, p. 487-510 (cité : Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace).

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit international privé de la propriété intellectuelle à l'épreuve du dialogue intercontinental, Les Cahiers de propriété intellectuelle, Mélanges Victor Nabhan, Québec 2004, p. 93-107 (cité : Dialogue intercontinental).

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le droit applicable à la propriété intellectuelle dans le cyber-espace, in : Commerce électronique et propriétés intellectuelles, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle, Paris 2001, p. 97-125 (cité : Droit applicable dans le cyber-espace).

DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, RSJ 1996, p. 285-294 (cité : Internet, le droit d'auteur et le droit international privé).

DINWOODIE GRAEME B., Developing a Private International Intellectual Property Law : The Demise of Territoriality ?, William and Mary Law Review 2009, Vol. 51, p. 711-800 (cité : Demise of Territoriality).

DINWOODIE GRAEME B., The Architecture of the International Intellectual Property System, Chicago-Kent Law Review 2002, Vol. 77, p. 993-1014 (cité : The Architecture of IP System).

DREXL JOSEF/KUR ANNETTE (édit.), Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future, Oxford 2005.

(COOPER) DREYFUSS ROCHELLE, The American Law Institute Project on Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in transnational Disputes, Summary of the presentation given by Rochelle Dreyfuss Prepared by Frank Beckstein, in : LEIBLE S./OHLY A. (édit.), Intellectual Property and Private International Law, Tübingen 2009, p. 15-29 (cité : The American Law Institute Project).

(COOPER) DREYFUSS ROCHELLE, An Alert to the Intellectual Property Bar : The Hague Judgments Convention, Illinois Law Review 2001, p. 421-456 (cité : An Alert to the IP Bar).

(COOPER) DREYFUSS ROCHELLE/GINSBURG JANE C., Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters, Chicago-Kent Law Review 2002, Vol. 77, p. 1065-1153.

EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (CLIP) (édit.), Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary, New York 2013.

GELLER PAUL EDWARD, International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet Remedies, EIPR 2000, p. 125-130 (cité : Internet Remedies).

GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet, étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, 2001, accessible à : [http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/\\$FILE/geist_fr.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/$FILE/geist_fr.pdf) (cité : Y'a-t-il un « Là » là ?).

GILLIERON PHILIPPE, Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques, Medialex 2009, p. 3-9 (cité : Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques).

GILLIERON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et Internet, CEDICAC Lausanne 2003 (cité : Propriété intellectuelle et Internet).

GINSBURG JANE C., Copyright, E-Commerce and Conflicting National Norms : Judicial and Legislative Competence, in : SCHULZ A. (édit.), Legal Aspects of an E-Commerce Transaction, International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004, Munich 2006, p. 36-40 (cité : Judicial and Legislative Competence).

GINSBURG JANE C., International Copyright : From a « Bundle » of National Copyright Laws to Supranational Code ?, Journal of the Copyright Society of the United States 2000, Vol. 47, p. 265- 289 (cité : International Copyright).

GINSBURG JANE C., The Cyberian Captivity of Copyright : Territoriality and Authors' Rights in a Networked World, Santa Clara High Technology Law Journal 1999, Vol. 15, p. 347-361 (cité : The Cyberian Captivity of Copyright).

GINSBURG JANE C., Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques, in : OMPI, Groupe de consultants sur les aspects du droit international privé de la protection des œuvres et des objets de droits connexes transmis par les réseaux numériques mondiaux, GCPIC/2, Genève 1998, accessible sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_1.pdf (cité : Réseaux numériques).

GINSBURG JANE C., The private international law of copyright in an era of technological change, Collected courses of the Hague Academy of International Law 1998, p. 239-405 (cité : Copyright in an era of technological change).

GINSBURG JANE C., Global Use/Territorial Rights : Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure, Journal, Copyright Society of the United States 1995, Vol. 42, p. 318-338 (cité : Global Information Infrastructure).

GOLDSTEIN PAUL/HUGENHOLTZ BERNT P., International Copyright, Principles, Law, and Practice, 3^{ème} éd., New York 2013 (cité : International Copyright).

GROSHEIDE WILLEM, Experiences in the Field of Intellectual Property, in : BOELE-WOELKI K./KESSEDJIAN C. (édit.), Internet, which court decides, which law applies ? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?, Actes du colloque international en l'honneur de Michel Pelichet organisé par l'Institut Molengraaff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye/Londres/Boston 2001, p. 35-46 (cité : Experiences in the Field of Intellectual Property).

HAINES AVRIL D., L'impact d'Internet sur le projet sur les jugements : nouvelles pistes de réflexion, Doc. prélim. No 17, à l'attention du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, février 2002 (cité : Nouvelles pistes de réflexion).

HANDL GÜNTHER/ZEKOLL JOACHIM/ZUMBANSEN PEER (édit.), Beyond Territoriality, Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, Boston 2012.

HARTLEY TREVOR/DOGAUCHI MASATO, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Rapport explicatif, Tirage à part des Actes et documents de la Vingtième session, Tome III, La Haye, p. 784-863 (cité : Rapport explicatif).

HEINZE CHRISTIAN, A framework for the International Enforcement of Territorial Rights : The CLIP Principles on Jurisdiction, in : BASEDOW J./KONO T./METZGER A. (édit.), *Intellectual Property in the Global Arena*, Tübingen 2010, p. 53-76 (cité : International Enforcement).

JURČYS PAULIUS/NISHITANI YUKO/VANDE WALLE SIMON, Summary of Comments and Discussion on International Jurisdiction, in : BASEDOW J./KONO T./METZGER A. (édit.), *Intellectual Property in the Global Arena*, Tübingen 2010, p. 146-153 (cité : Summary of Comments and Discussion on International Jurisdiction).

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, in : BOELE-WOELKI K./KESSEDJIAN C. (édit.), *Internet, which court decides, which law applies ? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?*, Actes du colloque international en l'honneur de Michel Pelichet organisé par l'Institut Molengraaff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye/Londres/Boston 2001, p. 89-142 (cité : Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?).

KELLER MORITZ, Lessons for the Hague : Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States, *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 2004, Vol. 23, p. 1-74 (cité : Lessons for the Hague).

KESSEDJIAN CATHERINE, *Droit du commerce international*, Paris 2013 (cité : Commerce international).

KESSEDJIAN CATHERINE, Conférence de La Haye de droit international privé, Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale, Rapport des travaux rédigé par Kessedjian avec l'aide de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada, Ottawa du 28 février au 1^{er} mars 2000, Doc. prélim. No 12, août 2000 (cité : Commerce électronique et compétence).

KESSEDJIAN CATHERINE, Conférence de La Haye de droit international privé, Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique, Document établi à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, Doc. prélim. No 7, avril 2000 (cité : Les échanges de données informatisées).

KOHLER EMILIE, *Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse*, Thèse Berne 2015 (cité : Interprétation du droit suisse).

KONO TOSHIYUKI (édit.), *Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives*, Oxford/Portland 2012.

KONO TOSHIYUKI/JURCYS PAULIUS, General Report, in : KONO T. (édit.), *Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives*, Oxford/Portland 2012, p. 6-216 (cité : General Report).

KONO TOSHIYUKI/JURCYS PAULIUS, Jurisdiction over ubiquitous copyright infringements: should right-holders be allowed to sue at home? *Kyushu University Legal Research Bulletin* 2015, Vol. 5, accessible sur http://researchbulletin.kyudai.info/?p=529#_ftn5 (cité : Ubiquitous copyright infringements).

KUR ANNETTE, in : EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (CLIP) (édit.), *Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, Oxford 2013, ad art. 2 : 201 – 2 : 204, p. 69-95 (Cité : CLIP Commentary).

KUR ANNETTE/UBERTAZZI BENEDETTA, The ALI Principles and the CLIP Project : a Comparison, in : BARIATTI S. (édit.), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border : EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Milan 2010, p. 89-47 (cité : ALI Principles and CLIP Project).

LAUREN GIBBONS PAUL, It's the world's biggest copy machine, *PC Week* 1997, Vol 14, p. 109-110 (cité : World's biggest copy machine).

LESSIG LAWRENCE, Symposium : Surveying Law and Borders : The Zones of Cyberspace, *Stanford Law Review* 1996, Vol. 48, p. 1403-1411 (cité : Surveying Law and Borders).

LUCAS ANDRE, Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux, in : OMPI (édit.), *Groupe de consultants sur les aspects du droit international privé de la protection des œuvres et des objets de droits connexes transmis par les réseaux numériques mondiaux*, GCPIC/1, Genève 1998, accessible sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_1.pdf (cité : Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques).

MANKOWSKI PETER, Das Internet im Internationales Vertrags- und Deliktsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht* 1999, Vol. 63, p. 201-294 (cité : Das Internet im Internationales Vertrags- und Deliktsrecht).

METZGER AXEL, Jurisdiction in cases concerning Intellectual Property Infringements on the Internet, Brussels-I-Regulation, ALI-Principles and Max-Planck Proposals, in : LEIBLE S./OHLY A. (édits), Intellectual Property and Private International Law, Tübingen 2009, p. 251-267 (cité : Intellectual Property Infringements on the Internet).

MULLER-CHEN MARKUS/MULLER CHRISTOPH/WIDMER LUCHINGER CORINNE (édit.), Comparative Private Law, Zurich/Saint-Gall 2015 (cité : Comparative Private Law).

NOURRISAT CYRIL/TREPOZ EDOUARD (édit.), Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies, Rueil-Malmaison 2010.

NUYTS ARNAUD/SZYCHOWSKA KATARZYNA/HATZIMIHAIL NIKITAS (édit.), International Litigation in Intellectual Property and Information Technology, Austin/Boston/Chicago/New York/Alphen-sur-le-Rhin 2008 (cité : International Litigation).

NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Conférence de La Haye de droit international privé, Avant-Projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale, Doc prélim. No 11, août 2000, p. 26-125 (cité : Avant-projet de la Convention de La Haye).

OGUAMANAM CHIDI, Intellectual Property in Global Governance, A Development Question, Londres/New York 2012 (cité : Intellectual Property in Global Governance).

PANSIER FREDERIC-JEROME, Initiation à l'Internet juridique, 2^{ème} éd., Paris 2000 (cité : Internet juridique).

PEUKERT ALEXANDER, in : EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (CLIP) (édit.), Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary, Oxford 2013, Preamble, p. 26-46 (cité : CLIP Commentary).

PEUKERT ALEXANDER, Territoriality and Extra-territoriality in Intellectual Property Law, in : HANDL G./ZEKOLL J./ZUMBANSEN P. (édit.), Beyond Territoriality, Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, Boston 2012, p. 189-226 (cité : Territoriality).

PIRLOT DE CORBION SOPHIE, Le référencement par les outils de recherche face au droit des marques, in : CORNU E. et al. (édit.), La protection des marques sur

Internet, Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles 2007, p. 121-151 (cité : Outils de recherche).

PLANAS AURELIE, La responsabilité civile pour les atteintes transfrontalières à l'environnement. Etude de droit international privé comparé en vue de l'élaboration d'une convention internationale, Thèse Bâle 2016 (cité : Atteintes transfrontalières à l'environnement).

REINBOTHE JÖRG/VON LEWINSKI SILKE, The WIPO Treaties on Copyright, A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP, 2^{ème} éd., New York 2015 (cité : WIPO Treaties).

RICKETSON SAM/GINSBURG JANE C. (édit.), International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond, New York 2006 (cité : The Berne Convention).

REYMOND MICHEL, La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet, Thèse Genève 2015 (cité : Atteinte à la personnalité par Internet).

SCHAUWECKER MARKO, Extraterritorial Patent Jurisdiction: Can One Sue in Europe for Infringement of a U.S. Patent ?, Transatlantic Technology Law Forum, Stanford/Vienne 2011, p. 1-46 (cité : Extraterritorial Patent Jurisdiction).

SCHULZ ANDREA (édit.), Legal Aspects of an E-Commerce Transaction, International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004, Munich 2006.

SCHULZ ANDREA, The Hague Conference Project for a Global Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Civil and Commercial Matters – An Update, in : DREXL J./KUR A. (édit.), Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future, Oxford 2005, p. 5-9 (cité : The Hague Conference Project for a Convention).

SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, Private International Law and the Internet, 3^{ème} éd., Alphen-sur-le-Rhin 2016 (cité : Private International Law).

SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, Borders on, or border around – the future of the Internet, ePublication@bond 2006, p. 343-380, accessible sur http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/16 (dernière visite le 21 octobre 2014) (cité : Borders on, or borders around).

SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, Conflict of Laws : American, Comparative, International cases and materials, 3^{ème} éd., Saint Paul (Minnesota) 2012 (cité : Conflict of Laws).

THOMANN FELIX H., Internationaler Urheberrechtsschutz und Verwertung von Urheberrechten auf dem Internet, sic ! 1997, p. 529-539 (cité : Urheberrechten auf dem Internet).

TORREMANS PAUL, The Sense or Nonsense of Subject Matter Jurisdiction over Foreign Copyright, EIPR 2011, p. 349-356 (cité : Subject Matter Jurisdiction).

TREPPOZ EDOUARD, Un autre regard : étude comparée des principes de l'*American Law Institute* et du Max Planck Institute sur le droit international privé et la propriété intellectuelle, in : NOURRISAT C./TREPPOZ E. (édit.), Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies, Rueil-Malmaison 2010, p. 271-303 (cité : ALI et CLIP).

UBERTAZZI BENEDETTA, Infringement and Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property : a Comparison for the International Law Association, 3 JIPITEC 2012, p. 227-262 (cité : Infringement).

UBERTAZZI BENEDETTA, Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law, Marquette Intellectual Property Law Review 2011, Vol. 15, p. 357-448 (cité : Intellectual Property Rights).

WANG FAYE FANGFEI, Internet Jurisdiction and Choice of Law, Legal Practices in the EU, US and China, New york 2010 (cité : Internet Jurisdiction).

WILDERSPIN MICHAEL, La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle, Les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-4/03, GAT c. LUK et C-539/03, Roche Nederland c. Primus et Goldberg, Rev. crit. DIP 2006, p. 777-809 (cité : Compétence juridictionnelle).

WILHELMI THERESA, Welches Recht regiert das *World Wide Web* ? Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und « Volksverhetzung » (zu Yahoo ! v. La Ligue Contre Le Racisme, 433 F.3d 1199 [9th Cir. 2006]), IPRax 2007, p. 232- 235 (cité : Yahoo !).

ZEKOLL JOACHIM, Jurisdiction in Cyberspace, in : HANDL G./KEKOLL J./ZUMBANSEN P. (édit.), Beyond Territoriality, Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, Boston 2012, p. 341-369 (cité : Jurisdiction in Cyberspace).

B. En droit américain

ABRAMS HOWARD B., United States, in : KONO TOSHIYUKI (édit.), *Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives*, Oxford/Portland 2012, p. 1103-1122 (cité : United States).

BERMAN PAUL SCHIFF, *The Globalizaion of Jurisdiction*, University of Pennsylvania Law Review 2002, Vol. 151, p. 311-529 (cité : Jurisdiction).

BOONE BRIAN D., Comment : Bullseye ! : Why a « Targeting » Approach to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *Emory International Law Review* 2006, Vol. 20, p. 241-289 (cité : Personal Jurisdiction).

FLOYD DOUGLAS C./BARADARAN-ROBISON SHIMA, *Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs : The Relevance of Purpose and Effects*, *Indiana Law Journal* 2006, Vol. 81, p. 601-666 (cité : *Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction*).

GILMAN JEREMY, *Personal Jurisdiction and the Internet : Traditional Jurisprudence for a New Medium*, *The Business Lawyer* 2000, Vol. 56, p. 395-422 (cité : Personal Jurisdiction).

HAWKINS ERIC C., *General Jurisdiction and Internet Contacts : What Role, if any, Should the Zippo Sliding Scale Test Play in the Analysis ?*, *Fordham Law Review* 2006, Vol. 74, p. 2371-2423 (cité : Jurisdiction).

HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, New York 2010 (cité : Conflict of Laws).

JOHNSON DAVID R./POST DAVID G., *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review* 1996, Vol. 48, p. 1367-1403 (cité : Cyberspace).

KRAMER LARRY, *Rethinking Choice of Law*, *Columbia Law Review* 1990, Vol. 90, p. 277-345 (cité : *Rethinking Choice of Law*).

MERGES ROBERT P., *One Hundred Years of Solicitude : Intellectual Property Law*, *California Law Review* 2000, Vol. 88, p. 2187- 2240 (cité : *One Hundred Years of Solicitude*).

MILLER SAMUEL F., *Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity : The Need to Define and Establish the Boundaries of Cyberliberty*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, Vol. 10, p. 227-254 (cité : Internet Activity).

REDISH MARTIN H., Of New Wine and Old Bottles : Personal Jurisdiction, The Internet, and the Nature of Constitutional Evolution, *Jurimetrics Journal* 1998, Vol. 38, p. 575-610 (cité : Of New Wine and Old Bottles).

REIDENBERG JOEL R., Technology and Internet Jurisdiction, *University of Pennsylvania Law Review* 2005, Vol. 153, p. 1951-1974 (cité : Internet Jurisdiction).

STEIN ALLAN R., Personal Jurisdiction and the Internet : Seeing Due Process through the Lens of Regulatory Precision, *Northwestern University Law Review* 2004, Vol. 98, p. 411-454 (cité : Personal Jurisdiction).

STRAVITZ HOWARD B., Personal Jurisdiction in Cyberspace : Something More is Required on the Electronic Stream of Commerce, *South Carolina Law Review* 1998, Vol. 45, p. 925-941 (cité : Personal Jurisdiction in Cyberspace).

SPENCER BENJAMIN, Jurisdiction and the Internet : Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts, *University of Illinois Law Review* 2006, p. 71-126 (cité : Jurisdiction and the Internet).

SYMEONIDES SYMEON C., United States of America, in : VERSCHRAEGEN BEA (édit.), *International Encyclopaedia of Law : Private International Law*, Alphen-sur-le-Rhin 2015 (cité : United States of America).

SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws : American, Comparative, International cases and materials*, 3^{ème} éd., Saint Paul (Minnesota) 2012 (cité : Conflict of Laws).

VON MEHREN ARTHUR T./MURRAY PETER L., *Law in the United States*, 2^{ème} éd., New York 2007 (cité : Law in the United States).

VON MEHREN ARTHUR T., *Adjudicatory Jurisdiction : General Theories Compared and Evaluated*, *Boston University Law Review* 1983, Vol. 63, p. 279-340 (cité : Adjudicatory Jurisdiction).

WEINTRAUB RUSSELL J., *Commentary on the Conflict of Laws*, 6^{ème} éd., New York 2010 (cité : Conflict of Laws).

WILDPANER CHRISTINE, *The U.S. Digital Millennium Copyright Act – A Challenge for Fair Use in the Digital Age*, Media and Law series, Vienne 2004 (cité : Digital Millennium Copyright Act).

C. En droit européen

ANCEL MARIE-ÉLODIE, France, in : KONO TOSHIYUKI (édit.), *Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives*, Oxford/Portland 2012, p. 525-580 (cité : France).

ANCEL MARIE-ÉLODIE, Quel juge en matière de contrefaçon, in : NOURRISAT C./TREPOZ E. (édit.), *Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Rueil-Malmaison 2010, p. 159-179 (cité : Juge de la contrefaçon).

ANCEL MARIE-ÉLODIE, Compétence (en matière civile), Liens sponsorisés : pour une compétence raisonnée des tribunaux français, JCP 2007 II, n° 10151, p. 33-36 (cité : Compétence en matière civile).

ANCEL MARIE-ÉLODIE, L'arrêt GAT : une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe, ERA forum 2007, p. 27-38 (cité : Arrêt GAT).

ARNOLD RICHARD, An Overview of European Harmonization Measures in Intellectual Property Law, in : OHLY A./PILA J. (édit.), *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology*, Oxford 2013, p. 25-35 (cité : European Harmonization Measures).

ASCARELLI TULLIO, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali : istituzioni di diritto industriale*, 3^{ème} éd., Milan 1960 (cité : Teoria della concorrenza).

AZZI TRISTAN, Les conflits de procédures, in : NOURRISAT C./TREPOZ E. (édit.), *Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Rueil-Malmaison 2010, p. 199-227 (cité : Conflits de procédures).

BAETGE DIETMAR/VON HEIN JAN/VON HINDEN MICHAEL (édit.), *Richtige Ordnung : Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2008.

BERGE JEAN-SYLVESTRE, Le principe de la territorialité et la propriété intellectuelle, in : NOURRISAT C./TREPOZ E. (édit.), *Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, Rueil-Malmaison 2010, p. 51-71 (cité : Le principe de la territorialité).

BETTINGER TORSTEN/THUM DOROTHEE, Territorial Trademark Rights in the Global Village – International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2000, Vol. 31, p. 162-308 (cité : Territorial Trademark).

BETTINGER TORSTEN/THUM DOROTHEE, Territoriales Markenrecht im Global Village : Überlegungen zu internationaler Tatortzuständigkeit, Kollisionsrecht und materiellem Recht bei Kennzeichenkonflikten im Internet, GRUR Int. 1999, p. 659-681 (cité : Global Village).

BOLLACHER PHILIPP D., Internationales Privatrecht, Urheberrecht und Internet – Das auf länderübergreifende Sachverhalte anwendbare Recht, Tübingen 2004 (cité : Urheberrecht und Internet).

BONET GEORGES, Note sur l'arrêt du Tribunal de grande instance de Paris du 4 mai 1971 dans l'affaire Soc. Yema c. soc. Jenny et autres, Rev. crit. DIP 1974, p. 110-118 (cité : Note critique).

BONOMI ANDREA, Jurisdiction over Consumer Contracts, in : DICKINSON A./LEIN E. (édit.), The Brussels I Regulation Recast, New York 2015, ad art. 17 Règlement Bruxelles Ibis, n° 6.01 ss, p. 213 ss (cité : Jurisdiction over Consumer Contracts).

BOUCHE NICOLAS, Le principe de la territorialité de la propriété intellectuelle, Thèse Dijon 1999 (cité : Le principe de territorialité).

BRINKHOF JAN/OHLY ANSGAR, Toward a Unified Patent Court in Europe, in : OHLY A./PILA J. (édit.), The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology, Oxford 2013, p. 199-216 (cité : Unified Patent Court in Europe).

CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation (1^{ère} Ch. Civ.) du 9 décembre 2003 dans l'affaire Société Castellblanch c. Société Champagne Louis Roederer, Rev. crit. DIP 2004, p. 632-644.

CACHARD OLIVIER, La régulation internationale du marché électronique, Thèse Paris 2002 (cité : Régulation internationale).

CALLENS PIETER/GRANATA SAM, Introduction to the Unitary Patent and the Unified Patent Court, The (Draft) Rules of Procedure of the Unified Patent Court, Alphen-sur-le-Rhin 2013.

CASTETS-RENARD CELINE, Droit de l'Internet : droit français et européen, 2^{ème} éd., Paris 2012 (cité : Droit de l'Internet).

CASTETS-RENARD CELINE, L'adaptation du droit des marques (principe de territorialité) à l'Internet, JCPE 2005 II, p. 571 (cité : Marques sur Internet).

CHABERT CYRIL, Condamnation pour usage de noms de domaine créant un risque de confusion dans l'esprit des internautes et distorsion de concurrence, JCP 2008, Vol. II, n° 10136, p. 32 s. (cité : Usage de noms de domaine).

CHABERT CYRIL, Un lien suffisant, substantiel ou significatif est nécessaire entre les faits argués de contrefaçon, le dommage allégué et le territoire français, JCP 2008, Vol. II, n° 10016, p. 30-32 (cité : Un lien suffisant, substantiel ou significatif).

CHABERT CYRIL, Site passif et site actif : la distinction s'affermir devant la cour de Paris, JCP 2007, Vol. II, n° 10089, p. 32-35 (cité : Site passif et site actif).

CHABERT CYRIL, Mise en œuvre de la distinction « site actif – site passif », JCP 2007, Vol. II, n° 10161, p. 39-42 (cité : Mise en œuvre de la distinction).

CHESHIRE GEOFFREY CHEVALIER/NORTH PETER/FAWCETT J.J., Private International Law, 14^{ème} éd., Oxford 2008 (cité : Private International Law).

CLARK BIRGIT, Off piste ? ECJ decides Austrian Supreme Court's 'Adwords' jurisdiction question in *Wintersteiger*, Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, Case C-523/10, Court of justice of the European Union, 19 avril 2012, Journal of Intellectual Property Law and Practice 2012, p. 701-703 (cité : Aff. Wintersteiger).

CORNU EMMANUEL et al. (édit.), La protection des marques sur Internet, Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles 2007.

DICEY ALBERT V./MORRIS JOHN H. C./COLLINS LAWRENCE, The Conflict of Laws, 15^{ème} éd., Londres 2012 (cité : Conflict of Laws).

DICKINSON ANDREW, The Revision of the Brussels I Regulation, Surveying the Proposed Brussels *Ibis* Regulation – Solid Foundations but Renovation needed, Yearbook of Private International Law 2010, Vol. 12, p. 247-269 (cité : Revision of Brussels I).

DICKINSON ANDREW, Transitional provisions, in : DICKINSON ANDREW/LEIN EVA (édit.), The Brussels I Regulation Recast, New York 2015, p. 563-588 (cité : Transitional provisions).

DIETZE JAN, EuGVO/Markenrecht : Internationale Zuständigkeit bei Markenrechtsverletzungen durch Keyword-Advertising, EuGH (Erste Kammer) Urt. v. 19.04.2012 – C-523/10 (Wintersteiger-AG/Products 4U Sondermaschinenbau-GmbH), EuZW 2012, p. 513-516 (cité : Anmerkung zu EuGH Wintersteiger).

DINWOODIE GRAEME B., The Europeanization of Trade Mark Law, in : OHLY A./PILA J. (édit.), The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology, Oxford 2013, p. 75-100 (cité : Europeanization of Trade Mark Law).

DONZALLAZ YVES, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Vol. III, n° 4239-7164, Berne 1998 (cité : Convention de Lugano).

DREIER THOMAS, Das Internationale Urheberrecht als Grundlage und Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, in : RIESENHUBER K. (édit.), Systembildung im Europäischen Urheberrecht, Berlin 2007, p. 39-76 (cité : Internationale Urheberrecht).

DROZ GEORGES A. L./GAUDEMET-TALLON HELENE, La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Rev. crit. DIP 2001, p. 601-652 (cité : Convention de Bruxelles)

DUHEN WILLY, la responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet, Aix-en-Provence 2013 (cité : Fournisseurs d'accès).

DUTOIT BERNARD, Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l'exécution des jugements en Europe. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, le Règlement « Bruxelles I », Genève 2007 (cité : Guide pratique).

EDWARDS LILIAN, The Scotsman, the Greek, the Mauritian company and the Internet : Where on earth do things happen in Cyberspace, Edinburgh Law Review 2004, p. 99-111 (cité : Where on earth do things happen in Cyberspace).

FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, 2^{ème} éd., New York 2011 (cité : Intellectual Property and Private International Law).

FERAL-SCHUHL CHRISTIANE, Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, 6^{ème} éd., Paris 2010 (cité : Cyberdroit).

FRANZOSI MARIO, Worldwide patent litigation and the Italian torpedo, EIPR 1997, p. 382-385.

FROLOVA KATERYNA, The UK public is a titillating target : a case comment on Omnibill v Egpsxx, EIPR 2015, p. 383-388 (cité : Case comment).

GAUDEMET-TALLON HELENE/KESSEDIAN CATHERINE, La refonte du règlement Bruxelles I, RTDeur. 2013, p. 435-454 (cité : Refonte).

GAUDEMET-TALLON HELENE, Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), 4^{ème} éd., Paris 2010 (cité : Compétence et exécution des jugements).

GAUDEMET-TALLON HELENE, Droit international privé de la contrefaçon : aspects actuels, Recueil Dalloz 2008, p. 735-742 (cité : Aspects actuels).

GEIMER REINHOLD/SCHÜTZE ROLF A. (édit.), Europäisches Zivilverfahrensrecht – Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht, 3^{ème} éd., Munich 2010 (cité : Kommentar).

GEIMER REINHOLD, in : GEIMER R./SCHÜTZE R. A. (édit.), Europäisches Zivilverfahrensrecht – Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht, 3^{ème} éd., Munich 2010, ad art. 2 CL/CB, p. 110-160 et 5 CL/CB, p. 177-258 (cité : Kommentar).

GRÜNBERGER MICHAEL, Zuständigkeitsbegründender Erfolgsort bei Urheberrechtsverletzungen (zu EuGH 3.10.2013 – Rs. C-170/10 – Pinckney ./ KDG Mediatech AG, unten S. 87, Nr. 2, und Cour de cassation, 22.1.2014 – 10-15.890), IPRax 2015, p. 56-65 (cité : Anmerkung zu EuGH Pinckney).

GOLA ROMAIN V., Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce, Paris 2013 (cité : E-commerce).

GROVES PETER/MARTINO ANTHONY/MISKIN CLAIRE/RICHARDS JOHN, Intellectual Property and the Internal Market of the European Community, London/Dordrecht/Boston 1993 (cité : Internal Market).

HAIMO SCHACK, Verletzung von Urhebervermögenrechten über das Internet – Internationale Zuständigkeit, EuGH (4. Kammer), Urteil vom 3.10.2013 – C-170/10 (Peter Pinckney/KDG Mediatech AG), NJW 2013, p. 3627-3630 (cité : Anmerkung zu EuGH Pinckney).

HANDFORD PETER, Edward John Eyre and the Conflict of Laws, Melbourne University Law Review 2008, Vol. 32, p. 822-860 (cité : Edward John Eyre).

HESS BURKHARD, The Brussels I Regulation : Recent Case Law of the Court of Justice and the Commission's Proposed Recast, CMLR 2012, Vol. 49, p. 1075-1112 (cité : The Brussels I Regulation).

HUET ANDRE, Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européenne, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, article 5-3 (à propos de l'arrêt Mines de Potasse d'Alsace), JDI 1977, p. 728-734 (cité : Mines de Potasse d'Alsace).

HUGENHOLTZ BERNT, Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright *acquis*, in : OHLY A./PILA J. (édit.), The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology, Oxford 2013, p. 57-73 (cité : Harmonization).

HYE-KNUDSEN REBEKKA, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen im europäischen Internationalen Zivilprozessrecht, Tübingen 2005 (cité : Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen).

KESSEDJIAN CATHERINE, Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001, RTDeur 2011, p. 117-130 (cité : Commentaire de la refonte).

KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9^{me} éd., Frankfurt-sur-le-Main 2011 (cité : Kommentar EuGVO).

KUR ANNETTE, Are there any Common European Principles of Private International Law with regard to Intellectual Property, in : LEIBLE S./OHLY A. (édits), Intellectual Property and Private International Law, Tübingen 2009, p. 1-14 (cité : Common European Principles).

LACHAT DANIEL PIERRE, La compétence juridictionnelle en matière de contrefaçon de brevets d'invention dans la communauté économique européenne, Thèse Strasbourg 1974 (cité : Contrefaçon de brevets).

LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, in : DICKINSON A./LEIN E. (édit.), The Brussels I Regulation Recast, New York 2015, ad art. 7, 7 ch. 1, 7 ch. 3, 7 ch. 5 et 7 ch. 6 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.01 ss, p. 131 ss (cité : Special Jurisdiction).

LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 19.4.2012 – C-523/10 Wintersteiger ./ Products 4U, JZ 2012, p. 1014-1020 (cité : Anmerkung zu EuGH Wintersteiger).

LEIBLE STEFAN/OHLY ANSGAR (édit.), Intellectual Property and Private International Law, Tübingen 2009.

LEIN EVA, Special Jurisdiction, in : DICKINSON A./LEIN E. (édit.), The Brussels I Regulation Recast, New York 2015, ad art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.69- 4.121, p. 155-172 (cité : Special Jurisdiction).

LUCAS ANDRE/DEVEZE JEAN/FRAYSSINET JEAN, Droit de l'informatique et de l'Internet, Paris 2001 (cité : Internet).

LUGINBUEHL STEFAN, European Patent Law, Towards a Uniform Interpretation, Cheltenham/Northampton 2011 (cité : Patent Law).

LUZZATTO RICCARDO, Problemi internazionalprivatistici del diritto di autore, in : TREVES T. et al. (édit.), L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale : studi in memoria di Mario Giuliano, Padoue 1989, p. 589-613 (cité : Diritto di autore).

MAGNUS ULRICH/MANKOWSKI PETER (édit.), Brussels I Regulation, 2^{ème} éd., Munich 2012.

MANN FRANCIS A., The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years, RCADI 1984 III, Vol. 186, p. 19-115 (cité : International jurisdiction).

METZGER AXEL, Germany, in : KONO TOSHIYUKI (édit.), Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives, Oxford/Portland 2012, p. 581-617 (cité : Germany).

MIAJA DE LA MUELA ADOLFO, Compétence territoriale et litiges à élément international, RCADI 1972 I, Vol. 135, p. 11-91 (cité : Compétence territoriale).

MICHAUX BENOIT/CORNU EMMANUEL/SORREAU GREGORY, L'attribution des noms de domaine en cas de concurrence entre les titulaires de signes distinctifs, in : CORNU E. et al. (édit.), La protection des marques sur Internet, Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles 2007, p. 31-65 (cité : Noms de domaine et signes distinctifs).

MOHRING NEIL, Trade marks : infringement by shop in Dublin – use of advertisement in magazine available in United Kingdom and Eire – use of website, EIPR 2001, p. 17 s. (cité : Infringement by shop in Dublin).

MOURA VICENTE DARIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, Leiden/Boston 2009 (cité : La propriété intellectuelle en droit international privé).

MULLER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH (Vierte Kammer), Urt. v. 3. 4. 2014 – C-387/12 (Hi Hotel HCF SARL/Spoering), EuZW 2014, p. 434 s. (cité : Anmerkung zu EuGH Hi Hotel).

NIBOYET JEAN PAULIN, Note sur l'arrêt de la Cour suprême française du 21 janvier 1936 dans l'affaire Société des Usines de Melle c. Société Evence Coppée et Cie, Rev. Crit. DIP 1936, p. 510-515.

NIELSEN PETER ARNT, The new Brussels I Regulation, CMLR 2013, Vol. 50, p. 503-528 (cité : New Brussels I Regulation).

NOURRISAT CYRIL/TREPPOZ EDOUARD (édit.), Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies, Rueil-Malmaison 2010.

NUYTS ARNAUD/SZYCHOWSKA KATARZYNA/HATZIMIHAIL NIKITAS, Cross-Border Litigation in IP/IT Matters in the European Union : The Transformation of the Jurisdictional Landscape, in : NUYTS A./SZYCHOWSKA K./HATZIMIHAIL N. (édit.), International Litigation in Intellectual Property and Information Technology, Austin/Boston/Chicago/New York/Alphen-sur-le-Rhin 2008, p. 1-46.

NUYTS ARNAUD, Suing at the Place of Infringement : The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes, in : NUYTS A./SZYCHOWSKA K./HATZIMIHAIL N. (édit.), International Litigation in Intellectual Property and Information Technology, Austin/Boston/Chicago/New York/ Alphen-sur-le-Rhin 2008, p. 105-130 (cité : Place of Infringement).

OHLY ANSGAR/PILA JUSTINE (édit.), The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology, Oxford 2013.

PILA JUSTINE, Intellectual Property as a Case Study in Europeanization : Methodological Themes and Context, in : OHLY A./PILA J. (édit.), The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology, Oxford 2013, p. 3-23 (cité : Intellectual Property).

PEIFER KARL-NIKOLAUS, Internationale Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO und andwendbares Recht bei Markenrechtsverletzungen (zu BGH, 8.3.2012 – I ZR 75/10, unten S. 25, Nr. 14), IPRax 2013, p. 228-230, (cité : Anmerkung zu BGH Oscar).

PERTEGAS SENDER MARTA, Cross-border Enforcement of Patent Rights, An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private International Law, New York 2002 (cité : Cross-border Enforcement of Patent Rights).

PFEIFFER THOMAS, Recast of the Brussels I Regulation : The Abolition of Exequatur, in : POCAR F./VIARENGO I./VILLATA F. C. (édit.), Recasting Brussels I, Proceedings of the Conference held at the University of Milan on November 25-26, Milan 2011, p. 311-317 (cité : Recast of the Brussels I Regulation).

PLAISANT ROBERT, Une jurisprudence prétorienne : La Cour de justice européenne et la territorialité des droits de propriété intellectuelle, in : Problemi

attuali del diritto industriale, Volume celebrativo del XXV anno della Rivista di diritto industriale, Milan 1977, p. 873-879 (cité : Jurisprudence prétorienne).

POCAR FAUSTO/VIARENGO ILLARIA/VILLATA FRANCESCA C. (édit.), Recasting Brussels I, Proceedings of the Conference held at the University of Milan on November 25-26, Milan 2011.

PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Civil and Commercial Matters according to the case law of the European Court of Justice, La Haye 2004 (cité : EU Principles).

PRES XAVIER, De l'ubiquité d'internet à la compétence systématique du juge français pour connaître des atteintes aux droits patrimoniaux d'auteur ou la consécration de la théorie de l'accessibilité par la Cour de justice de l'Union européenne, CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-170-12, *Peter Pinckney c/KDG Mediatech AG*, RLDI 2013/98, n° 3239, Droit de l'immatériel : informatique, médias, communication 2013, p. 14-18 (cité : Aff. Pinckney).

RAYNARD JACQUES, L'exclusivité du juge du titre, in : NOURRISAT C./TREPOZ E. (édit.), Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies, Rueil-Malmaison 2010, p. 181-197 (cité : Juge de la contrefaçon).

RIESENHUBER KARL (édit.), Systembildung im Europäischen Urheberrecht, Berlin 2007.

ROSATI ELENORA, Brussels I Regulation and online copyright infringement : 'intention to target' approach rejected, *Peter Pinckney v KDG Mediatech AG*, Case C-170/12, Court of Justice of the European Union, 3 October 2013, Journal of Intellectual Property Law and Practice 2014, p. 18 s. (cité : Aff. Pinckney).

ROTH WULF-HENNING, Persönlichkeitsschutz im Internet, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (zu EuGH, 25.10.2011 – verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, *eDate Advertising GmbH ./ X und Olivier Martinez, Robert Martinez ./ MGN Limited*, unten S. 247, Nr. 12 ; und BGH, 8.5.2012 – VI ZR 217/08, unten S. 252, Nr. 13), IPRax 2013, p. 215-227 (cité : Anmerkung zu EuGH eDate).

SCHACK HAIMO, Das auf (formlose) Immaterialgüterrechte anwendbare Recht nach Rom II, in : BAETGE D./VON HEIN J./VON HINDEN M. (édit.), Richtige Ordnung : Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, p. 651-669 (cité : Rom II).

SEVILLE CATHERINE, Rhetoric and Reality : The Impact of Constitutional and Fundamental Rights on Intellectual Property Law, as Revealed in the World of Peer-to-Peer File Sharing, in : OHLY A./PILA J. (édit.), *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology*, Oxford 2013, p. 165-181 (cité : Peer-to-Peer File Sharing).

SIRINELLI PIERRE, L'adéquation entre le village virtuel et la création normative – Remise en cause de l'État ?, in : BOELE-WOELKI K./KESSEDJIAN C. (édit.), *Internet, which court decides, which law applies ? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique ?*, Actes du colloque international en l'honneur de Michel Pelichet organisé par l'Institut Molengraaff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de La Haye de Droit international privé, La Haye/Londres/Boston 2001, p. 1-20 (cité : Village virtuel et création normative).

SLONINA MICHAEL, Deliktsgerichtsstand für Markenrechtsverletzungen (zu EuGH, 19.4.2012, C-523/10, Wintersteiger AG/Products 4U Sondermaschinenbau GmbH), *ecolex* 2012, p. 484-486 (cité : Deliktsgerichtsstand).

SMITH JOEL/LERICHE ALEXANDRA, CJEU ruling in *Pinckney v mediatech* : jurisdiction in online copyright infringement cases depends on the accessibility of website content, *EIPR* 2014, p. 137 s. (cité : Aff. Pinckney).

SMITH JOEL/NEWTON HEATHER, Accessibility (not targeting) is the key to jurisdiction of online copyright infringement, *EIPR* 2015, p. 459 s. (cité : Accessibility).

SUJECKI BARTOSZ, Anmerkung zu EuGH (Vierte Kammer), Urt. v. 3.10.2013 – C-170/12 (Peter Pinckney/KDG Mediatech AG), *EuZW* 2013, p. 866 s. (cité : Anmerkung zu EuGH Pinckney).

SMITS JAN/BULL WILLIAM, The Europeanization of Patent Law, Towards a Competitive Model, in : OHLY A./PILA J. (édit.), *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology*, Oxford 2013, p. 39-55 (cité : Patent Law).

SMITH GRAHAM J.H. (édit.), *Internet Law and Regulation*, 4^{ème} éd., Londres 2007 (cité : Internet Law).

STROWEL ALAIN/KIM HEE-EUN, The Balancing Impact of General EU Law on European Intellectual Property Jurisprudence, in : OHLY A./PILA J. (édit.), *The Europeanization of Intellectual Property Law, Towards a European Legal Methodology*, Oxford 2013, p. 121-142 (cité : Intellectual Property).

TREPOZ EDOUARD, les litiges internationaux de propriété intellectuelle et le droit international privé, in : DE WERRA J. (édit.), La résolution des litiges de propriété intellectuelle, actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 8 février 2010, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 75-100 (cité : Les litiges internationaux).

TREVES TULLIO et al. (édit.), L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale : studi in memoria di Mario Giuliano, Padoue 1989.

ULMER EUGEN (édit.), la propriété intellectuelle et le droit international privé, étude réalisée à la demande de la Commission des Communauté européennes, Bruxelles/Luxembourg 1980 (cité : La propriété intellectuelle et le droit international privé).

USUNIER LAURENCE, Du 3 octobre 2013 – Cour de justice de l'Union européenne (4^e ch.) – Aff. C-170/12 – M. Bay Larsen, prés., M. Safjan, rapp., M. Jääskinen, av. gén. – M. de Salve de Bruneton, av., Rev. crit. DIP 2014, p. 195-206 (cité : Note sur l'affaire Pinckney).

VAN LITH HÉLÈNE, Jurisdiction – General Provisions, in : DICKINSON A./LEIN E. (édit.), The Brussels I Regulation Recast, New York 2015, n° 3.01-3.31, p. 113-130 (cité : General Provisions).

VERON PIERRE, Stratégie contentieuse internationale en matière de brevets d'invention, in : NOURRISAT C./TREPOZ E. (édit.), Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies, Rueil-Malmaison 2010, p. 229-249 (cité : Stratégie contentieuse).

VERON PIERRE, Trente ans d'application de la Convention de Bruxelles à l'action en contrefaçon de brevet d'invention, JDI 2001, p. 805-830 (cité : Trente ans d'application de la CB).

WADLOW CHRISTOPHER, United Kingdom, in : KONO T. (édit.), Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives, Oxford/Portland 2012, p. 1061-1102 (cité : United Kingdom).

WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, « postfinane.ch » – Typosquatting am Scheideweg ?, sic ! 2015, p. 67-73 (cité : « postfinane.ch » – Typosquatting am Scheideweg ?).

D. En droit suisse

ACOCELLA DOMENICO, in : SCHNYDER ANTON K. (édit.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht : Kommentar*, Zurich/Saint-Gall 2011, ad art. 5 ch. 3 CL (cité : *LugÜ Kommentar*).

ALBERINI ALAIN/GUILLET KEVIN, *L'incidence du contenu du site Internet dans les litiges en matière de noms de domaine*, *sic !* 2012, p. 305-315 (cité : *Litiges en matière de noms de domaine*).

ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter berücksichtigung unerlaubter Handlungen*, *PJA* 2000, p. 277-295 (cité : *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet*).

AUBERT CAROLE/STAUFFER VINCENT, *Perspective en matière de lutte contre la contrefaçon : Internet comme vecteur et outil d'investigation*, in : *La lutte contre la contrefaçon et la criminalité pharmaceutique en Suisse*, Actes de l'Institut de lutte contre la criminalité économique, Neuchâtel 2010, p. 29-40 (cité : *Lutte contre la contrefaçon sur Internet*).

BERNASCONI CHRISTOPHE/GERBER ALEXANDRA, *La théorie du forum non conveniens : un regard suisse*, *IPRax* 1994, p. 3-10 (cité : *Forum non conveniens : un regard suisse*).

BONDALLAZ STEPHANE, *les nouvelles règles suisses en matière de noms de domaine Internet*, *sic !* 2015, p. 266-279 (cité : *Noms de domaine Internet*).

BONOMI ANDREA/TAPPY DENIS/GAULIS DIMITRI/KOHLER EMILIE (édit.), *Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, Genève 2012.

BONOMI ANDREA/SCHMID CHRISTINA (édit.), *La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I), Quelles conséquences pour la Convention de Lugano ? = Revision der Verordnung 44/2001, Welche Folgen für das Lugano-Übereinkommen ?*, Actes de la 23^{ème} Journée de droit international privé du 8 avril 2011 à Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : *La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I), Quelles conséquences pour la Convention de Lugano ?*).

BONOMI ANDREA, in : BUCHER ANDREAS (édit.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle/Genève/Munich 2011, ad art. 5 CL, 129 et 133 LDIP, p. 1810-1846, p. 1091-1103 et p. 1113-1121 (cité : *Commentaire romand*).

BONOMI ANDREA/CASHIN RITAINE ELEANOR (édit.), La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après, Actes de la 21^e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2009.

BONOMI ANDREA, Le droit international privé entre régionalisme et universalisme – quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les États tiers, RSDIE 2006, p. 295-309 (cité : Droit international privé).

BUCHER ANDREAS, Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, SJ 2015 II, p. 67-77 (cité : Théorie des faits doublement pertinents).

BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA (édit.), Droit international privé, 3^{ème} éd., Bâle 2013 (cité : Droit international privé).

BUCHER ANDREAS (édit.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle/Genève/Munich 2011.

BUCHER ANDREAS, in : BUCHER ANDREAS (édit.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle/Genève/Munich 2011, ad art. 1-79 CL, p. 1779-1799 ; 2-31 CL, p. 1800-1804 ; 59 CL, p. 2075 et 60 CL, p. 2075-2078 (cité : Commentaire romand).

BUNDI MARCO, Erfolgsort bei Domainstreitigkeiten nach Art. 5 Abs. 3 LugÜ – Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 2007 (4C.341/2005), Medialex 2007, p. 147-150 (cité : Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005).

CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, sic ! 1997, p. 121-127 (cité : Droit des marques et Internet).

DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (édit.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ) : Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, 2^{ème} éd., Berne 2011 (cité : Kommentar LugÜ).

DE WERRA JACQUES, « Mécanisme de déclenchement » Tribunal fédéral du 7 janvier 2015, sic ! 2015, p. 255-259 (cité : Mécanisme de déclenchement).

DE WERRA JACQUES, Défis du droit d'auteur dans un monde connecté, sic ! 2014, p. 194-211 (cité : Défis du droit d'auteur).

DE WERRA JACQUES (édit.), La résolution des litiges de propriété intellectuelle, actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 8 février 2010, Genève/Zurich/Bâle 2010.

DESSEMONTET FRANÇOIS/DESSEMONTET RAPHAËL, Propriété intellectuelle, JdT 2011, p. 155-161 (cité : Propriété intellectuelle).

DUCOR PHILIPPE, in : BUCHER ANDREAS (édit.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle/Genève/Munich 2011, ad art. 109-111 LDIP, p. 891-934 ; 5 CL, p. 1847-1851 et 22 CL, p. 1924-1941 (cité : Commentaire romand).

DUTOIT BERNARD, Droit international privé, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^{ème} éd., Bâle 2016 (cité : Commentaire LDIP).

DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, Genève/Zurich/Bâle 2006 (cité : Le droit international privé ou le respect de l'altérité).

DUTOIT BERNARD, Compétence législative et compétence judiciaire en cas d'actes illicites commis sur Internet en droit international privé suisse, in : BENEDICT J. et al. (édit.), Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, p. 143-171 (cité : Actes illicites commis sur Internet).

FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Les fors protecteurs des consommateurs, en particulier dans le commerce électronique, in : BONOMI A./TAPPY D./GAULIS D./KÖHLER E. (édit.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 119-134 (cité : Consommateurs et commerce électronique).

GILLIERON PHILIPPE, Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques, Medialex 2009, p. 3-9 (cité : Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques).

GILLIERON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et Internet, Lausanne 2003 (cité : Propriété intellectuelle et Internet).

GILLIERON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, RDS 2002, p. 387-440 (cité : La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement).

GILLIERON PHILIPPE, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ 2001, p. 181-200 (cité : Propos attentatoires à l'honneur sur Internet).

GIRSBERGER DANIEL, Schutzrechte und Kollisionsrechte ? Echte oder Scheinprobleme ?, sic! 2008, p. 47-57 (cité : Schutzrechte und Kollisionsrechte).

GIRSBERGER DANIEL et al. (édit.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) von 18. Dezember 1987, 2^{ème} éd., Zurich 2004.

GUILLAUME FLORENCE, Droit international privé, principes généraux, 3^{ème} éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (cité : Droit international privé).

GUILLAUME FLORENCE, Les fors de la connexité en droit international privé, in : BONOMI A./TAPPY D./GAULIS D./KOHLER E. (édit.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 227-253 (cité : Les fors de la connexité).

GUILLAUME FLORENCE, in : BUCHER A. (édit.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle/Genève/Munich 2011, ad art. 60 CL, p. 2075-2078 (cité : Commentaire romand).

GUILLAUME FLORENCE, La LDIP et les conventions de droit international privé, in : BONOMI A./CASHIN RITAINE E. (édit.), La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après, Actes de la 21^e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 161-193 (cité : La LDIP et les conventions).

GROLIMUND PASCAL, Geschäftsverkehr im Internet, Aspekte des internationalen Vertragsrecht, RDS 2000, p. 339-378 (cité : Geschäftsverkehr im Internet).

HALDY JACQUES/RAPP JEAN-MARC, FERRARI PHIDIAS (édit.), Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999.

HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., in : OETIKER CH./WEIBEL T. (édit.), Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, Bâle 2011, ad art. 5 CL, p. 113-272 (cité : BSK-LugÜ).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (édit.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., Bâle 2013.

JACCARD MICHEL/HOANG LE-BINH, Internet, médias sociaux, applications : terrains propices à la déloyauté commerciale ?, in : DE WERRA J. (édit.), Défis du droit de la concurrence déloyale/Challenges of unfair competition : actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 14 février 2014, Genève 2014, p. 131-157 (cité : Internet, médias sociaux, applications).

JEGHER GION/VASELLA DAVID, in : HONSELL H./VOGT N. P./SCHNYDER A. K./BERTI S. V. (édit.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., Bâle 2013, ad art. 109-111 LDIP, p. 901-940 (cité : BSK-IPRG).

KAISER MARKUS, « Refoderm », Handelsgericht St. Gallen vom 25. März 2010 – Erschöpfungsgrundsatz gilt nicht absolut – Teilweise Gutheissung der Klage ; Akten-Nr. HG.2008.137, sic ! 2010, p. 789-794 (cité : « Refoderm »).

KILLIAS LAURENT, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2012), RSDIE 2013, p. 671-717 (cité : Rechtsprechung 2012).

KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé suisse, 3^{ème} éd., Berne 2005 (cité : Droit international privé).

KRAUS DANIEL, La lutte contre les contrefaçons en droit suisse de la propriété intellectuelle : une course aux armements, in : KUNZ P. V./HERREN D./COTTIER T./MATTEONI R. (édit.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Bâle 2009, p. 386-396 (cité : La lutte contre les contrefaçons).

KRAUS DANIEL/JAAG TOBIAS/UMBRICHT GEORG C., L'Union européenne, ses institutions et ses relations avec la Suisse, Genève/Zurich/Bâle 2009.

KUNZ PETER V./HERREN DOROTHEA/COTTIER THOMAS/MATTEONI RENÉ (édit.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Bâle 2009.

LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, EuGH konkretisiert Deliktzuständigkeit bei Markenrechtsverletzungen mittels Adwords, sic ! 2013, p. 212-221 (cité : Deliktzuständigkeit).

LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, System der internationalen Zuständigkeit im Immaterialgüterrecht, Zurich 2011 (cité : Immaterialgüterrecht).

MEIER NIKLAUS, Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO – unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Beteiligung am Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, RSDIE 2012, p. 633-659 (cité : Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO).

OBERHAMMER PAUL, in : DASSER F./OBERHAMMER P. (édit.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ): Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, 2^{ème} éd., Berne 2011, ad art. 5 LugÜ, p. 99-176 (cité : Kommentar LugÜ).

OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (édit.), Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, Bâle 2011.

PERRET FRANÇOIS, Territorialité des droits de propriété industrielle et compétence « extra-territoriale » du juge de la contrefaçon, in : HALDY J./RAPP

J.-M., FERRARI P. (édit.), Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 125-142 (cité : Territorialité des droits de propriété industrielle).

RETORNAZ VALENTIN, Note sur l'arrêt 132 III 778, RSPC 2007, p. 132-134 (cité : Note ATF 132 III 778).

RIVARA IRENE, Keyword advertising : développements récents au regard du droit des marques, PJA 2012, p. 1546-1566 (cité : Keyword advertising).

ROSENTHAL DAVID, Das auf unerlaubte Handlungen im Internet anwendbare Recht am Beispiel des Schweizer IPR, PJA 1997, p. 1340-1350 (cité : Unerlaubten Handlungen im Internet).

SALVADE VINCENT, La contrefaçon de phonogrammes et de vidéogrammes, in : CONFERENCE DES AUTORITES DE POURSUITE PENALE DE LA SUISSE ROMANDE ET DU TESSIN (avec le concours de la Fédération de l'industrie horlogère suisse) (édit.), Texte des conférences de la journée d'étude sur les contrefaçons du 16 juin 1997, Bienne 1997, p. 1-16 (cité : Contrefaçon).

SCHNYDER ANTON K. (édit.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht : Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2011.

TISSOT NATHALIE, Quelles protections pour les dénominations utilisées sur Internet ?, SJ 1998, p. 741-770 (cité : Dénominations utilisées sur Internet).

UMBRICHT ROBERT/RODRIGUEZ RODRIGO/KRÜSI MELANIE, in : HONSELL H./VOGT N. P./SCHNYDER A. K./BERTI S. V. (édit.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., Bâle 2013, ad art. 129 LDIP, p. 1134-1147 (cité : BSK-IPRG).

VISCHER FRANK, in : GIRSBERGER DANIEL et al. (édit.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) von 18. Dezember 1987, 2^{ème} éd., Zurich 2004, ad art. 109-111 LDIP, p. 1137-1158 (cité : ZK-IPRG).

VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, die Wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, ZBJV 2007, p. 495-552 (cité : Rechtsprechung 2006).

WEBER ROLF H. (édit.), E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2010 (cité : E-Commerce und Recht).

WERRO FRANZ/SONNEY VIRGINIE, Les services Internet et la responsabilité civile, Medialex 2008, p. 119-132 (cité : Services Internet).

II. Rapports

AIPPI, Working Committee no Q208 on Border measures and other Means of Customs Intervention against Infringers, Octobre 2009, accessible sur <http://aippi.org/committee/border-measures-and-other-means-of-customs-intervention-against-infringers/> (cité : Working Committee).

BIRPI, Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, telle que révisée à Stockholm en 1967, rédigé par Bodenhausen, Genève 1969, accessible sur http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/611/wipo_pub_611.pdf (cité : Guide d'application).

CERN, Statement concerning CERN W3 software release into public domain, lettre ouverte du 30 avril 1993, accessible sur <http://cds.cern.ch/record/1164399> (état au 21 juillet 2014) (cité : Statement concerning W3).

CHRISTIE ANDREW F., Analysis of National Approaches to PIL Issues in Cross-border Online IP Infringement Disputes, étude présentée dans le cadre du séminaire organisé par l'OMPI et ILA le 19 janvier 2015 à Genève, accessible sur http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=294258, code de document : WIPO-ILA/IP/GE/15/CHRISTIE (cité : Cross-border Online IP Infringement Disputes).

CJCE, Avis 1/03 de la Cour (assemblée plénière) rendu en vertu de l'art. 300, par. 6, CE, du 7 février 2006, Rec. 2006 I, p. 1155-1212 (cité : Avis 1/03).

COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Avis sur la « Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2000/C 117/02), JOCE C 117 du 26 avril 2000, p. 6-11 (cité : Avis Règlement Bruxelles I).

COMMISSION EUROPEENNE, Commission staff working document, Geo-blocking practices in e-commerce, Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition, SWD(2016) 70 final du 18 mars 2016 (cité : Geo-blocking practices in e-commerce).

COMMISSION EUROPEENNE, Concurrence : selon l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, le blocage géographique est une pratique courante dans l'ensemble de l'UE, Communiqué de presse du 18 mars 2016, accessible sur

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_fr.htm (cité : Blocage géographique).

COMMISSION EUROPÉENNE, Memo, Modernisation of the European Trade Mark System – Frequently Asked Questions, Bruxelles 2013 (cité : Memo).

COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission du Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, COM (2011) 287 final du 24 mai 2011 (cité : Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, Livre vert sur la révision du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2009) 175 final du 21 avril 2009 (cité : Livre vert).

CONSEIL FEDERAL, Rapport explicatif relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et aux modifications de la loi sur le droit d'auteur du 11 décembre 2015 (cité : Rapport explicatif sur la modification LDA).

CONSEIL FEDERAL, Rapport sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, Berne 2011, accessible sur [www.bfs.admin.ch/Thèmes>16 - Culture, médias, société de l'information, sport>A consulter>Publication](http://www.bfs.admin.ch/Themen/16-Culture%2C%20m%C3%A9dias%2C%20soci%C3%A9t%C3%A9%20de%20l'information%2C%20sport/A%20consulter/Publication) (cité : Rapport en réponse au postulat Savary).

CONSEIL FEDERAL, La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet, Rapport du 11 décembre 2015 (cité : Fournisseurs de services Internet).

COUR DE CASSATION (française), Rapport annuel 2005 – L'innovation technologique, Paris 2006 (cité : Rapport annuel 2005).

FLURI KURT, Utilisation d'offres illégales sur Internet. Impact sur l'économie, BO/CN 2012, Postulat 12.4238 du 14 décembre 2012 (cité : Postulat sur l'utilisation d'offres illégales sur Internet).

FLURI KURT, Protection de la propriété intellectuelle sur Internet, BO/CN 2009, Interpellation 09.3802 du 23 septembre 2009 (cité : Interpellation sur la protection de la propriété intellectuelle sur Internet).

HESS BURKHARD/PFEIFFER THOMAS/SCHLOSSER PETER, Report on the Application of the Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03, Munich 2007 (cité : Report Brussels I).

IPI, Rapport final du groupe de travail AGUR12, mandaté par la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga afin d'explorer des pistes pour améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12) du 28 novembre 2013, accessible sur https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf (cité : Rapport final AGUR12).

ITU, Measuring the Information Society, Genève 2012, accessible sur <http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/idi/> (cité : Measuring the Information Society).

ITU, ICT facts and figures 2016, accessible sur <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2016.pdf> (cité : ICT facts and figures 2016).

JENARD PAUL/MÖLLER GUSTAF, Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988, JOCE C 189 du 28 juillet 1990, p. 57-121 (cité : Rapport CL).

JENARD PAUL, Rapport sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE C 59 du 5 mars 1979, p. 1-65 (cité : Rapport CB).

OCDE, Le commerce électronique : conséquences et défis pour la politique économique, accessible sur <http://www.oecd.org/fr/eco/perspectives/2087441.pdf>.

OCDE, Assessing the Harms posed by Illicit Trade and the Illegal Economy for Global Supply Chain Integrity, Economic Growth, and Market Security, Paris 2012 (cité : Illicit Trade).

OCDE, Magnitude of Counterfeiting and Piracy of Tangible Products: An Update, mise à jour en 2009 de l'étude de l'OCDE, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, Paris 2008 (cité : Magnitude of Counterfeiting and Piracy).

OCDE, Perspectives économiques n° 68, décembre 2000 accessible sur <http://www.oecd.org/fr/eco/perspectives/2087441.pdf> (cité : Perspectives économiques).

OCDE, Les incidences économiques de la contrefaçon, Paris 1998 (cité : Les incidences économiques de la contrefaçon).

OFCOM, Feuille d'information 2 : quelles différences entre .ch et .swiss ?, Accessible sur <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/consultations/audition-sur-les-projets-de-modification-des-ordonnances-ltc--pr/feuille-d-information-2--quelles-differences-entre--ch-et--swiss.html> (cité: Feuille d'information 2)

OFS, Internet dans les ménages en Suisse, Information, communication, consommation, voyage et loisirs : Internet omniprésent, Neuchâtel 2011 (cité : Internet dans les ménages).

OMPI, Who filed the most domain name cases in 2015, accessible sur http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2016/article_0003.html (cité : Domain name cases in 2015).

OMPI, Guide de l'OMPI relatif aux Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP), accessible sur <http://www.wipo.int/amc/fr/domains/guide/> (cité : Principes UDRP).

OMPI, World Intellectual Property Indicators 2014, accessible sur www.wipo.int/ipstats/en/wipi (cité : World Intellectual Property Indicators 2014).

OMPI, Standing Committee on the law of trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Trademarks and the Internet, SCT/25/4, Twenty-Four Session, Genève 2010, (cité : Law of Trademarks).

OMPI, Intellectual Property on the Internet : a Survey of Issues, Genève décembre 2002, accessible sur <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/ecommerce/pdf/survey.pdf> (cité : A Survey of Issues).

OMPI, Notes explicatives, établies par le Bureau international de l'OMPI et relatives à la Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes sur l'Internet (avec les notes explicatives), adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle à la trente-sixième série de réunions des Assemblées des États membres de l'OMPI du 24 septembre au 3 octobre 2001 accessible sur <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/marks/845/pub845.pdf> (cité : Notes explicatives relatives à la Recommandation commune OMPI).

OMPI, La gestion des noms et adresses de l'Internet : questions de propriété intellectuelle, Rapport final concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet du 30 avril 1999, accessible sur <http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/fr/docs/report.pdf> (cité : La gestion des noms et adresses de l'Internet).

OMPI, Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes, Genève 1981 accessible sur http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/617/wipo_pub_617.pdf (cité : Guide de la Convention de Rome).

OMPI, Utilisation des marques sur l'Internet : document de réflexion, Troisième session du Comité Permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques, SCT/3/4, Genève 1999 (cité : Marques sur l'Internet).

OMPI, Informations relatives à l'Avant-projet d'une convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale, Troisième session du Comité Permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques, SCT/3/3, Genève 1999 (cité : Informations relatives à l'Avant-projet).

PARLEMENT EUROPEEN, Communication au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique, COM(97) 157 du 15 avril 1997 (cité : Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique).

POCAR FAUSTO, Rapport explicatif de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, JOUE C 319 du 23 décembre 2009, p. 1-56 (cité : Rapport explicatif).

SAVARY GERALDINE, La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ?, Postulat BO/CE 2010, 10.3263 (cité : Postulat téléchargement illégal).

SCHLOSSER PETER, Rapport sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (JOCE C 59 du 5 mars 1979, p. 71-151) (cité : Rapport).

VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL, Loi fédérale sur le droit international privé (loi de d.i.p) : projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif, Zurich 1978, p. 237-369 (cité : Rapport explicatif LDIP).

III. Messages du Conseil fédéral

Message sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 21 février 1990, FF 1990 II, p. 269-381 (cité : Message aCL).

Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I, p. 255-456 (cité : Message LDIP).

Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 18 février 2009, FF 2009, p. 1497-1550 (cité : Message CL).

Message concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005, FF 2006, p. 1-146 (cité : Message relatif à la modification de la loi sur les brevets).

Message concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur du 10 mars 2006, FF 2006, p. 3263-3313 (cité : Message relatif aux traités OMPI).

IV. Jurisprudence citée

A. *Jurisprudence américaine*

Ahbez c. Edwin H. Morris & Co., 548 F. Supp. 664 (S.D.N.Y. 1982) (cité : *Ahbez c. Edwin H. Morris & Co.*).

ALS Scan, Inc. c. Digital Serv. Consultants, Inc., 293 F.3d 707 (4th Cir. 2002) (cité : *ALS Scan*).

American Libraries Ass'n c. Pataki, 969 F. Supp. 160, (S.D.N.Y. 1997) (cité : *American Libraries*).

Asahi Metal Indus. Co. c. Superior Court of Cal., 480 U.S. 102 (U.S. 1987).

Banco Nacional De Cuba c. Sabbatino, 376 U.S. 398, (U.S. 1964) (cité : *Banco c. Sabbatino*).

Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L., 223 F.3d 1082 (9th Cir. Cal. 2000) (cité : *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L.*).

Barrett Stephen c. The Catacombs Press, 44 F. Supp. 2d 717 (E.D. Pa. 1999) (cité : Barrett c. The Catacombs Press).

Bensusan Restaurant Corporation c. King, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996) (cité : Bensusan c. King).

Bensusan Restaurant Corporation c. King, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997) (cité : Bensusan c. King, 2d Cir.).

Burger King Corp. c. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (U.S. 1985) (cité : Burger King Corp. c. Rudzewicz).

Calder c. Jones, 465 U.S. 783 (U.S. 1984) (cité : Calder).

Carefirst of Maryland, Inc., c. Carefirst Pregnancy Centers, Inc., and Netimpact Inc., 334 F.3d 390 (4th Cir. 2003).

Clemens Wiliam Roger c. McNamee Brian, 615 F.3d 374 (5th Cir. 2010) (cité : Clemens c. McNamee).

CollegeSource, Inc. c. AcademyOne, Inc., 653 F.3d 1066 (9th Cir. Cal., 2011) (cité : CollegeSource c. AcademyOne).

CompuServe, Inc. c. Patterson, 89 F.3d 1257 (6th Cir. Ohio 1996) (cité : CompuServe).

Cybersell, Inc. c. Cybersell, Inc., 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997) (cité : Cybersell).

Daimler AG c. Barbara Bauman, 134 S.Ct. 746 (U.S. 2015) (cité : Daimler).

Desktop Techs., Inc. c. Colorworks Reprod. & Design, Inc., No. 98-5029, 1999, U.S. Dist. (E.D. Pa. Feb. 24, 1999) (cité : Desktop Techs. c. Colorworks).

Digital Equip. Corp. c. AltaVista Tech., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997) (cité : Digital Equip. Corp.).

Emissive Energy Corp. c. Spa-Simrad, Inc., 788 F. Supp. 2d 40 (D.R.I. 2011) (cité : Emissive Energy c. Spa-Simrad).

ESAB Group, Inc. c. Centricut L.L.C., 34 F. Supp. 2d 323 (D.S.C. 1999) (cité : ESAB Group c. Centricut).

Euromarket Designs, Inc. c. Crate & Barrel Ltd., 96 F. Supp. 2d 824 (N.D. Ill. 2000) (cité : Euromarket, F. Supp. 2d).

Gator.com Corp. c. L.L.Bean, Inc., 341 F.3d 1072 (9th Cir. 2003) (cité : Gator.com).

Gator.com Corp. c. L.L.Bean, Inc., 398 F.3d 1125 (9th Cir. 2005) (cité : Gator.com, 398 F.3d).

George S. May Int'l Co. c. Xcentric Ventures, LLC, 409 F. Supp. 2d 1052 (N.D. Ill. 2006) (cité : George S. May Int'l Co. c. Xcentric Ventures).

Goodyear Dunlop Tires Operations SA et al, c. Edgar D. Brown et al., 131 S.Ct. 2846 (U.S. 2011) (cité : Goodyear Dunlop).

Graduate Mgt. Admission Council c. Raju, 241 F. Supp. 2d 589 (E.D. Va. Mar. 14, 2003) (cité : Graduate Mgt. Admission Council c. Raju).

Hanson c. Denckla, 357 U.S. 235 (U.S. 1958) (cité : Hanson c. Denckla).

Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall, 466 U.S. 408 (U.S. 1984) (cité : Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall).

IMO Industries, Inc. c. Kiekert AG, 155 F.3d 254 (3d Cir. 1998) (cité : IMO Indus. c. Kiekert).

Inset Systems, Inc. c. Instruction Set, Inc., 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996) (cité : Inset Systems c. Instruction Set).

Int'l Shoe Co. c. Wash., 326 U.S. 310 (U.S. 1945) (cité : Int'l Shoe Co c. Wash.).

Janmark, Inc. c. Reidy James T., 132 F.3d 1200 (7th Cir. 1997) (cité : Janmark c. Reidy).

Levitin c. Sony Music Entertainment, 101 F. Supp 3d 376 (S.D.N.Y. 2015) (cité : Levitin c. Sony).

Linehan Margaret c. Golden Nugget, No. 05 C 7030, 2008, U.S. Dist. (N.D. Ill. Sept. 5, 2008) (cité : Linehan c. Nugget).

Maritz, Inc. c. Cybergold, Inc., 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996) (cité : Maritz c. Cybergold).

McBee c. Delica Co., 417 F.3d 107, (1st Cir. 2005) (cité : McBee c. Delica Co.).

McDonald c. Mabee, 243 U.S. 90 (U.S. 1917) (cité : McDonald c. Mabee).

McGee c. International Life Insurance Co., 355 U.S. 220 (U.S. 1957) (cité : McGee c. International Life Insurance Co.).

Millennium Enters., Inc. c. Millennium Music, LP, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999) (cité : Millennium Enters).

Mink David c. AAAA Development LLC, 190 F.3d 333 (5th Cir. 1999) (cité : Mink c. AAAA Development).

- Molnlycke Health Care AB c. Dumex Med. Surgical Prods. Ltd.*, 64 F. Supp. 2d 448 (E.D. Pa. 1999) (cité : Molnlycke Health Care).
- Novelty, Inc. c. RCB Distributing, Inc.*, No. 1:08-cv-0418, 2008 U.S. Dist. (S.D. Ind. July 9, 2008) (cité : Novelty c. RCB Distrib.).
- Panavision Int'l, L.P. c. Toeppen*, 141 F.3d 1316 (9th Cir. Cal. 1998) (cité : Panavision Int'l c. Toeppen).
- Pavlovich Matthew c. The Superior Court of Santa Clara County*, 29 Cal. 4th 262 (Cal. 2002) (cité : Pavlovich c. The Superior Court).
- Penguin Group (USA) Inc. c. American Buddha*, 16 N.Y.3d 295 (N.Y. 2011) (cité : Penguin Group (USA) Inc. c. American Buddha, 16 N.Y.3d 295).
- Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 609 F.3d 30 (2d Cir. N.Y., 2010) (cité : Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha, 609 F.3d 30).
- Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 2009 U.S. Dist. (S.D.N.Y., Apr. 21, 2009) (cité : Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha, S.D.N.Y.).
- Pennoyer c. Neff*, 95 U.S. 714 (U.S. 1877) (cité : Pennoyer c. Neff).
- Perkins c Benguet Consolidated Mining CO. et al.*, 72 S.Ct. 413 (U.S. 1952) (cité : Perkins). *Philadelphia & Reading Ry. c. McKibbin*, 243 U.S. 264 (U.S. 1917) (cité : Philadelphia c. McKibbin).
- Purdue Research Found. c. Sanofi-Synthelabo, S.A.*, 338 F.3d 773 (7th Cir. Ind. 2003) (cité : Purdue Research Found. c. Sanofi-Synthelabo).
- Reno c. ACLU*, 521 U.S. 844 (U.S. 1997) (cité : Reno c. ACLU).
- Richter Pat, c. Instar Enterprises International, Inc.*, 594 F. Supp. 2d 1000, (N.D. Ill. 2009) (cité : Richter c. Instar).
- S. Morantz, Inc. c. Hang & Shine Ultrasonics, Inc.*, 79 F. Supp. 2d 537 (E.D. Pa. 1999) (cité : Morantz c. Hang & Shine Ultrasonics).
- Specht c. Netscape Communications Corp.*, 306 F. 3d 17 (2nd Cir. 2002) (cité : Specht c. Netscape).
- Steel Co. c. Citizens for a Better Env't*, 523 U.S. 83 (U.S. 1998) (cité : Steel Co. c. Citizens for a Better Env't).
- Subafilms Ltd. c. MGM-Pathe Communications Co.*, 24 F.3d 1088 (9th Cir. 1994) (cité : Subafilms Ltd. c. MGM).

Tate & Lyle Sucralose, Inc. c. Hebei Sukeri Sci. & Tech. Co., No. 06-2102, 2006 U.S. Dist. (C.D. Ill. Nov. 22, 2006) (cité : Tate & Lyle Sucralose c. Hebei Sukeri Sci. & Tech).

Toys « R » Us, Inc. c. Step Two, S.A., No. 01-00632, 2001, U.S. Dist. (D.N.J. July 30, 2001) (cité : Toys « R » Us, D.N.J.).

Toys « R » Us, Inc. c. Step Two, S.A., 318 F.3d 446 (3d Cir. 2003) (cité : Toys « R » Us).

Vanity Fair Mills c. T. Eaton Co., 234 F.2d 633 (2d Cir. N.Y. 1956) (cité : Vanity Fair Mills c. T. Eaton Co.).

Voda c. Cordis Corp., No. CIV-03-1512-L, 2004 U.S. Dist. (W.D. Okla., Aug. 2, 2004) (cité : Voda c. Cordis, W.D. Okla.).

Voda c. Cordis Corp., 476 F.3d 887 ; 2007 U.S. App. (Fed. Cir. 2008) (cité : Voda c. Cordis).

Walden c. Fiore, 134 S. Ct. 1115 (2014) (cité : Walden c. Fiore).

World-Wide Volkswagen Corp. c. Woodson, 444 U.S. 286 (U.S. 1980) (cité : World-Wide Volkswagen Corp.).

Ziegler John A. c. Indian River County, 64 F.3d 470 (9th Cir. 1995) (cité : Ziegler c. Indian River County).

Zippo Mfg. Co. c. Zippo DOT Com, Inc., 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) (cité : Zippo).

B. Jurisprudence européenne

1. Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

Décision CourEDH dans la cause *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède* du 19 février 2013, requête n° 40397/12.

2. Décisions de la Cour de justice européenne

a) Décisions préjudicielles

Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres, CJCE du 27 septembre 1988, aff. 198/87, Rec. 1988 5579 (cité : Kalfelis).

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV, CJUE du 16 février 2012, aff. C-360/10, publié au Recueil numérique (cité : SABAM c. Netlog).

Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG et Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG, CJCE du 19 février 2002, aff. C-256/00, Rec. 2002 I-01699 (cité : Besix SA).

Bier c. Mines de Potasse d'Alsace, CJCE du 30 novembre 1976, aff. 21/76, Rec. 1976 1735 (cité : Mines de Potasse d'Alsace).

Céline SARL c. Céline SA, CJCE du 11 septembre 2007, aff. C-17/06, Rec. 2007 I-07041 (cité : Céline).

Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH, CJCE du 3 mai 2007, aff. C-386/05, Rec. 2007 I-03699 (cité : Color Drack).

Coty Germany GmbH, anciennement Coty Prestige Lancaster Group GmbH c. First Note Perfumes NV, CJUE du 5 juin 2014, aff. C-360/12, Publié au Recueil numérique (cité : Coty Germany).

Duijnste Ferdinand c. Goderbauer Lodewijk, CJCE du 15 novembre 1983, aff. C-288/82, Rec. 1983 03663 (cité : Duijnste).

Dumez France SA and Tracoba SARL c. Hessische Landesbank et autres, CJCE du 11 janvier 1990, aff. C- 220/88, Rec. 1990 I-00049 (cité : Dumez).

Edate Advertising GmbH c. X et Olivier Martinez/Robert Martinez c. MGN Limited, CJUE du 25 octobre 2011, affaires jointes C-509/09 et C-161/10, Rec. 2011 I-10269 (cité : eDate).

Folien Fischer AG et autre c. Ritrama SpA, CJUE du 25 octobre 2012, aff. C-133/11, Publié au Recueil numérique (cité : Folien Fischer).

Football Dataco Ltd, et autres, c. Sportradar GmbH, et autres, CJUE du 18 octobre 2012, aff. C-173/11, Publié au Recueil numérique (cité : Football Dataco).

G c. Cornelius de Visser, CUJE du 15 mars 2012, aff. C-292/10, Publié au Recueil numérique (cité : de Visser).

Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG, CJCE du 13 juillet 2006, aff. C-4/03, Rec. 2006 I-06509 (cité : GAT c. LuK).

Google France SARL, Google Inc, c. Louis Vuitton Malletier SA, et autres, CJUE du 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, Rec. 2010 I-02417 (cité : Google France SARL).

GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV, et autres, CJUE du 8 septembre 2016, aff. C-160/15, non encore publié (cité : GS Media BV).

H c. H. K., CJUE du 4 décembre 2014, aff. C-295/13, Publié au Recueil numérique (cité : H c. H. K.).

Hejduk Pez c. EnergieAgentur.NRW GmbH, CJUE du 22 janvier 2015, aff. C-441/13, non encore publié (cité : Hejduk).

Hi Hotel HCF SARL c. Uwe Spoering, CJUE du 3 avril 2014, aff. C-387/12, Publié au Recueil numérique (cité : Hi Hotel).

Interflora Inc., Interflora British Unit c. Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd, CJUE du 22 septembre 2011, aff. C-323/09, Rec. 2011 I-08625 (cité : Interflora).

Kolassa Harald c. Barclays Bank plc, CJUE du 28 janvier 2015, aff. C-375/13, non encore publié (cité : Kolassa).

L'Oréal SA, et autres c. eBay International AG, et autres, CJUE du 12 juillet 2011, aff. C-324/09, Rec. 2011 I-06011 (cité : L'Oréal SA).

Marinari Antonio c. Lloyd's Bank plc et Zubaidi Trading Company, CJCE du 19 septembre 1995, aff. C-364/93, Rec. 1995 I-02719 (cité : Marinari).

Owusu Andrew c. Jackson N.B et autres, CJCE du 1^{er} mars 2005, aff. C-281/02, Rec. 2005 I-01383 (cité : Owusu).

Pammer Peter c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller, CJUE du 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, Rec. 2010 I-12527 (cité : Pammer et Hotel Alpenhof).

Pinckney Peter c. KDG Mediatech AG, CJUE du 3 octobre 2013, aff. C-170/12, Publié au Recueil numérique (cité : Pinckney).

Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit, CJCE du 10 mars 1992, aff. C-214/89, Rec. 1992 I-01745 (cité : Powell Duffryn).

SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd, CJUE du 2 mai 2012, aff. C-406/10, Publié au Recueil numérique (cité : SAS Institute).

Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), CJUE du 24 novembre 2011, aff. C-70/10, Rec. 2011 I-11959 (cité : Scarlet Extended c. SABAM).

Shevill Fiona, et autres c. Presse Alliance SA, CJCE du 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995 I-450 (cité : Shevill).

Svensson Nils, et autres c. Retriever Sverige AB, CJUE du 13 février 2014, aff. C-466/12, Publié au Recueil numérique (cité : Svensson).

UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, CJUE du 27 mars 2014, aff. C-314/12, Publié au Recueil numérique (cité : UPC Telekabel Wien).

Wintersteiger AG c. Products 4U, CJUE du 19 avril 2012, aff. C-523/10, Publié au Recueil numérique (cité : Wintersteiger).

b) Conclusions de l'avocat général

Conclusions de l'avocat général MELCHIOR WATHELET, présentées le 7 avril 2016 dans l'affaire *GS Media BV*.

Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, présentées le 11 septembre 2014 dans l'affaire *Hejduk*.

Conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*.

Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*.

Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, présentées le 29 mars 2011 dans l'affaire *eDate*.

Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*.

3. Décisions des États membres de l'Union européenne

a) Allemagne

Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 8 mars 2012, I ZR 75/10 (cité : Oscar).

Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 2 mars 2010, I ZR 23/09.

Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 10 novembre 2009, VI ZR 217/08.

Arrêt de l'*Oberlandesgericht München* du 6 décembre 2007, 29 U 2713/07 (cité : Salzburger Nachrichten, OLG München).

Arrêt de *Oberlandesgericht Köln* du 30 octobre 2007, 6 W 161/07 (cité : Internet-Fotos).

Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 30 mars 2006, I ZR 24/03 (cité : Arzneimittelwerbung im Internet, BGH) <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2007/pdf/18-u-de-07.pdf>.

Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 13 octobre 2004, I ZR 163/02 (cité : Hotel Maritime) <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2005/pdf/28-u-de-05.pdf>.

Arrêt du *Landgericht Hamburg* du 3 août 2001, reproduit in : GRUR Int. 2002, p. 163-164 (cité : Hotel Maritime).

Arrêt de l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* du 10 juillet 2002, 6 U 9/02, reproduit in : Multimedia und Recht 2002, p. 814-816, accessible sur <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/2003/26-2003.htm>.

Arrêt du *Landgericht Frankfurt a.M.* du 9 novembre 2000, 2-03 O 366/00, reproduit in : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, p. 2080-2088, accessible sur <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/2001/28-2001.htm>.

Arrêt du *Landgericht Düsseldorf* du 4 avril 1997, reproduit in : GRUR 1998, p. 59-160.

b) Angleterre

Omnibill (PTY) Limited c. Egpsxxx Limited (in liquidation), Mr Robert Ashley Carter du 17 novembre 2014, [2014] EWHC 3762 (IPEC) (cité : Omnibill c. Egpsxxx).

1967 Ltd. c. British Sky Broadcasting Ltd du 23 octobre 2014, [2014] EWHC 3444 (Ch) (cité : 1967 c. British Sky Broadcasting).

Interflora Inc. and Interflora British Unit c. Marks and Spencer plc and Flowers Direct Online Limited, Arrêt de la *High Court of Justice* du 21 mai 2013, [2013] EWHC 1291 (Ch).

1-800 Flowers Inc c. Phonenames Ltd, Arrêt de la *Court of Appeal*, *Civil Division* du 17 mai 2001, [2001] EWCA Civ 721 ; [2002] FSR 12 (cité : 1-800 Flowers, EWCA).

1-800 Flowers Inc c. Phonenames Ltd, Arrêt de la *High Court of Justice* du 20 décembre 1999, reproduit in : ETMR 2000, p. 369-382 (cité : 1-800 Flowers, High Court of Justice).

Euromarket Designs Inc c. Peters and Crate & Barrel Ltd, Arrêt de la *High Court of Justice* du 25 juillet 2000, [2001] FSR 20, reproduit in : ETMR 2000, 1025-1047 (cité : Euromarket c. Peters and Crate, High Court of Justice).

LA Gear Inc Ltd c. Gerald Whelan & Sons Ltd, [1991] FSR 670 (cité : LA Gear Inc Ltd c. Gerald Whelan & Sons Ltd).

Lucasfilm ltd and others c. Ainsworth and other, Arrêt de la *Court of Appeal*, *Civil Division* du 16 décembre 2009, [2009] EWCA Civ 1328 (cité : Lucasfilm, EWCA).

Lucasfilm Ltd and other c. Ainsworth and other, Arrêt de la *Supreme Court* du 27 juillet 2011, [2011] UKSC 39 (cité : Lucasfilm, UKSC).

Molnlycke AB c. Procter & Gamble Ltd, [1992] RPC 21 (cité : Molnlycke AB c. Procter & Gamble Ltd).

Phillips c. Eyre, [1870] LR 6 QB 1 (cité : Phillips c. Eyre).

Plastus Kreativ AB c. Minnesota Mining and Manufacturing Co, [1995] RPC 438 (cité : Plastus Kreativ AB c Minnesota Mining and Manufacturing Co).

c) Autriche

Arrêt de l'*Oberster Gerichtshof* du 29 mai 2001, 4 Ob 110/01g, publié in : *Osterreichische Juristenzeitung* 2001, p. 848-850 (cité : Boss Zigaretten), accessible sur <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/2002/22-2002.htm>.

d) Belgique

Arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 22 octobre 2013, P.13.0550.N.

Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 9^e ch., du 2 décembre 2004, publié in : *Ing.-Cons.* 2004, p. 545 (cité : *Liberty-voyages*).

e) *Ecosse*

Bonnier Media Limited c. Greg Lloyd Smith and Kestrel Trading Corporation, Court of Session of Scotland du 01.07.2002, reproduit in : ETMR 2002, p. 1050-1072 (cité : Bonnier, Court of Session of Scotland). <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2003/pdf/u-en-34.pdf>

f) *France*

Castellblanch SA c. Champagne Louis Roederer SA, Cass civ. 9 décembre 2003, n° 01-03225, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation 2003 I n° 245, p. 95 (cité : Cristal).

Ebay Inc. et autres c. Maceo Sàrl et autres, Cass. Com. 29 mars 2011, n° 0-12272, non publié au Bulletin, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023806553&fastReqId=606699420&fastPos=1> (cité : eBay c. Maceo).

Google Inc. et Google France c. Axa SA, Avanssur SA, Direct Assurances Iard SA, Cour d'appel de Paris du 6 juin 2007, reproduit in : JCP 2007 II n° 10151, note Ancel Marie-Elodie, Compétence en matière civile, p. 33-36 (cité : Google c. Axa).

Hugo Boss c. Société Reemtsa Cigarettenfabrik, Cass. com. 11 janvier 2005, n° 02-18381, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation 2005 IV n° 8, p. 8 (cité : Hugo Boss, C. cass.).

L'Oréal et autres c. eBay France et autres, Tribunal de grande instance de Paris du 16 mai 2008 n° RG 07/06823 (cité : L'Oréal c. eBay) et Rue du Commerce c. Carrefour Belgium, Tribunal de grande instance de Paris, n° RG 08/01397 (cité : Rue du Commerce c. Carrefour), affaires jointes au n° RG 08/04592.

Pneus-Online Suisse Sàrl c. Société Delticom, Cour d'appel de Lyon du 31 janvier 2008, reproduit in : JCP 2008 II n° 10136, p. 31, avec note Chabert Cyril, Condamnation pour usage de noms de domaine créant un risque de confusion dans l'esprit des internautes et distorsion de concurrence, p. 31 s. (cité : Pneus-Online, CA Lyon).

Sanofi Aventis c. Novo Nordisk, Cass. com. 20 mars 2012, n° 11-10600, non publié au Bulletin, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025568416> (cité : Sanofi c. Novo)

Société Delticom AG c Société Pneus Online Suisse et autre, Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-16752, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation 2010 IV n° 46, p. 47-50 (cité : Pneus-Online, C. cass.).

Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris du 28 novembre 2013, n° RG : 11/60013 (cité : Yahoo !).

Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000, UEJF et Licra c/Yahoo ! Inc. et Yahoo France, n° RG : 00/05308 (cité : Yahoo ! Référé).

g) *Pays-Bas*

Arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 28 janvier 2014, 200.105.418/01.

C. *Jurisprudence suisse*

1. **Jurisprudence fédérale**

ATF 141 III 294 (f)

ATF 136 II 508 (d)

ATF 136 III 486 (f)

ATF 136 III 23 (d) = SJ 2010 I 172

ATF 135 V 373 (d)

ATF 134 III 27 (d)

ATF 133 III 295 (d) = JdT 2008 I 160

ATF 133 III 282 (d) = JdT 2008 I 147

ATF 132 III 778 (d) = JdT 2007 I 158

ATF 132 III 579 (d) = JdT 2006 I 351

ATF 131 III 227 (f)

ATF 131 III 153 (f)

ATF 130 III 285 (f) = JdT 2005 II 117

ATF 129 III 738 = JdT 2005 I 31

ATF 129 III 626 (d) = SJ 2004 I 29

- ATF 129 III 295 (d) = JdT 2003 I 367
ATF 129 III 288 (d) = JdT 2003 I 281
ATF 129 III 25 (d) = JdT 2002 I 522
ATF 128 III 50 (f) = JdT 2002 I 221
ATF 125 III 346 (d) = JdT 2001 I 67
ATF 124 III 509 (f) = JdT 1999 I 434
ATF 124 III 382 (f) = SJ 1999 I 107
ATF 124 III 188 (d) = JdT 1999 I 379
ATF 123 III 414 (d) = JdT 1999 I 251
ATF 122 III 249 (d) = JdT 1997 I 25
ATF 121 III 495 (f) = JdT 1996 I 382
ATF 120 III 7 (f) = JdT 1996 II 73
ATF 119 II 177 (d) = JdT 1994 I 311
ATF 119 II 167 (d) = JdT 1995 I 174
ATF 119 II 66 (d) = JdT 1994 I 112
ATF 117 II 598 (d) = JdT 1992 I 359
ATF 99 II 344 (d) = JdT 1974 I 540
ATF 82 II 159 (f) = SJ 1957, p. 198
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_573/2015 du 3 mai 2016 (f)
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_443/2014 du 2 février 2015 (f)
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_442/2014 du 7 janvier 2015 (f)
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_28/2014 du 10 décembre 2014 (f)
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_224/2013 du 7 novembre 2013 (d), publié in :
sic ! 2014, p. 162-163
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_146/2010 du 2 juin 2010 (d), publié in : sic !
2011, p. 390 s.
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 5A_607/2008 du 2 mars 2009 (f)
Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_40/2007 du 24 avril 2007 (i)

Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007 (d)
 Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 5C.123/2003 du 18 décembre 2003 (f)
 Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_377/2002 du 19 mai 2003 (f)
 Arrêt du Tribunal fédéral n. p. 4C.189/2001 du 1^{er} février 2002 (f)
 Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4P_17/2001 du 18 avril 2001 (d)
 Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 8G.43/1999 du 11 août 1999 (d), publié in : sic ! 1999, p. 635 s.
 Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_58/1996 du 21 août 1996 (d), publié in : sic ! 1997, p. 331-337.

2. Jurisprudence cantonale

Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015.
 Arrêt du *Handelsgericht Zurich* du 3 octobre 2012 n. p., HG110102.
 Arrêt de l'*Obergericht Zurich* du 2 décembre 2011 n. p., LK110002.
 Arrêt du *Handelsgericht St. Gallen* du 25 mars 2010, HG.2008.137 (cité : Refoderm).
 Arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009 n. p., ZFE-08-3.
 Arrêt de l'(ancien) *Obergericht Luzern* du 8 juillet 2004, LGVE 2004 I Nr. 35.
 Arrêt de la Cour de justice de Genève du 19 mai 2000, n° C/18'457/1999, ACJC/566/2000, publié in : sic ! 2000, p. 652 s.

V. Textes de lois et autres textes

A. En droit américain

Digital Millennium Copyright Act, to amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes, adopté le 28 octobre 1998 lors du 105^{ème} Congrès, Pub. L. 105-304, 112 STAT. 2860, H.R. 2281.

Federal Rules of Civil Procedure.

First Restatement of Conflict of Laws de 1934 (cité : First Restatement).

Long-arm statute 735 ILCS de l'État d'Illinois.

Long-arm statute C.P.L.R de l'État de New York.

Restatement Second of Conflict of Laws de 1971 (cité : Second Restatement).

Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States de 1965 (cité : Third Restatement).

The Constitution of the United States of America du 17 septembre 1787, entrée en vigueur le 21 juin 1788 (cité : US Cst).

United States Judicial Code :

- 15 U.S.C. § 6a (1) of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (FTAIA) (cité : 15 USC § 6a (1) FTAIA) .

- 15 U.S.C. §§ 1051 et seq., U. S. Trademark Law (cité : 15 USC ou Trademark Act ou Lanham Act).

- 17. U.S.C. §§ 101 et seq., U.S. Copyright Act (cité : 17 USC ou Copyright Act).

- 35 U.S.C. §§ 1 et seq., U.S. Patent Law (cité : 35 USC ou Patent Act).

B. En droit européen

Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, JOUE C 175, p. 1-40.

Accord entre la Communauté européenne et le Royaume du Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signé à Bruxelles le 19 octobre 2005, JOUE L 299, p. 62-70 (cité : Accord entre la Communauté européenne et le Royaume du Danemark).

Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international du 31 octobre 1958.

Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale conclue à Bruxelles le 16 septembre 1988 (cité : Convention Bruxelles).

Décision du Conseil du 10 mars 2011 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire (2011/167/UE), JOUE L 76, p. 53-55 (cité : Décision sur une coopération renforcée).

Directive (UE) 2015/2436 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOUE L 336, p. 1-26.

Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOUE L 299, p. 25-33.

Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JOCE L 122, p. 42-46.

Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, JOCE L 376, p. 28-35.

Directive 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, JOCE L 248, p. 5-21.

Directive 93/98/CEE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOUE L 372, p. 12-18.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L 178, p. 1-16 (cité : Directive sur le commerce électronique).

Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, JOCE L 272, p. 32-36.

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection des bases de données, JOCE L 77, p. 20-28.

Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE L 167, p. 10-19.

Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention [de Lugano] et sur le comité permanent (RS 0.275.12).

Règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil sur la marque communautaire et le

règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, et abrogeant le règlement (CE) n° 2869/95 de la Commission relatif aux taxes à payer à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) du 16 décembre 2015, JOUE L 341, du 24 décembre 2015 (cité : Règlement sur la marque de l'UE).

Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 12 décembre 2012, JOUE L 351, du 20 décembre 2012 (cité : Règlement Bruxelles *Ibis*).

Règlement (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, JOUE L 361, p. 89-92.

Règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, JOUE L 361, p. 1-8.

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JOUE L 199, p. 40-49 (cité : Rome II)

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000, JOCE L 12, p. 1-23 (cité : Règlement Bruxelles I).

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE C 306, p. 1-271 (cité : Traité de Lisbonne).

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE C 83, p. 13-46.

Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE C 83, p. 47-199 (cité : Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne).

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, JOCE C 340, p. 1-144 (cité : Traité d'Amsterdam).

C. *En droit suisse*

Accord^[1] du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ADPIC ; RS 0.632.20).

Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels du 6 novembre 1925, révisé à La Haye le 28 novembre 1960 (RS 0.232.121.2).

Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 (Arrangement de Madrid ; RS 0.232.112.3).

Convention universelle sur le droit d'auteur du 6 septembre 1952 (RS 0.231.0).

Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (RS 0.275.11).

Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (CL ; RS 0.275.12).

Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne ; RS 0.231.15)

Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).

Convention internationale du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Convention de Rome ; RS 0.231.171).

Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (Convention de Paris : RS 0.232.04).

Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Conclue à Stockholm le 14 juillet 1967, Approuvée par l'Assemblée fédérale le 2 décembre 1969, Entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1970 (Convention instituant l'OMPI ; RS 0.230).

Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes du 29 octobre 1971 (RS 0.231.172).

Loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009 (LFTB ; RS 173.41).

Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques ; LPM ; RS 232.11).

Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291).

Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets, LBI ; RS 232.14)

Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC ; RO 1988 p. 1776).

Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les domaines Internet (ODI ; RS 784.104.2).

Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention [de Lugano] et sur le comité permanent (RS 0.275.12).

Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques le 27 juin 1989 (Protocole de Madrid ; RS 0.232.112.4).

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (WCT = *WIPO Copyright Treaty* ; RS 0.231.151).

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 (WTTP = *WIPO Performances and Phonograms Treaty* ; RS 0.231.171.1).

Traité de coopération en matière de brevets du 19 juin 1970, (PCT ; RS 0.232.141.1).

Traité sur le droit des marques du 27 octobre 1994 (RS 0.232.112.1).

Traité sur le droit des brevets du 1^{er} juin 2000 (RS 0.232.141.2).

D. Soft law

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes sur l'Internet (avec les notes explicatives), adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle à la trente-sixième série de réunions des Assemblées des États membres de l'OMPI du 24 septembre au 3 octobre 2001 (cité : Recommandation commune OMPI).

THE EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICTS OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP)*, 2011 (cité : *Principes CLIP*).

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008 (cité : *Principes ALI*).

Introduction

The information superhighway

- 1 A l'instar des récents débats sur la scène internationale relatifs à la piraterie, à la contrefaçon² et à la cybercriminalité de manière générale, les règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle subissent les assauts des nouvelles technologies.
- 2 La propriété intellectuelle s'est en effet particulièrement bien adaptée à l'environnement virtuel que représente Internet, également appelé « *The information superhighway* »³. Le *streaming*, les systèmes *peer to peer*, la vidéo à la demande (VOD), Youtube, eBay, etc. font désormais partie de notre quotidien. Ces formes d'exploitation représentent un terrain particulièrement fertile pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.
- 3 Au vu du caractère ubiquitaire d'Internet, les atteintes commises par ce biais se développent au-delà des frontières étatiques. Les délits ont ainsi non seulement un caractère transfrontalier mais également plurilocalisé. La théorie d'un acte déterminé entraînant un effet déterminé dans un pays déterminé est révolue sur la toile. « Ce qui est en jeu n'est plus la flèche de l'archer (ou l'injure) traversant une frontière, ni la pollution à distance, ni le satellite arrosant d'un coup plusieurs pays, c'est (...) une diffusion susceptible de causer un dommage dans chacun des pays du monde »⁴.
- 4 Les règles de droit international privé sont remises en question par cette diffusion instantanée et universelle. Les notions d'espaces, de territoires et de frontières étatiques, si chères au droit international privé hors ligne, sont annihilées au profit de structures décentralisées sans situation géographique fixe, rendant très délicate la localisation du centre de gravité de la relation juridique en cause.
- 5 Dans la présente étude, nous déterminerons si les règles de droit international privé, et plus particulièrement les règles de conflit de juridictions sont aptes à appréhender ce phénomène par essence immatériel.

² Par exemple dans le cadre de l'ACTA.

³ Terme internationalement reconnu pour désigner Internet.

⁴ LUCAS ANDRE/DEVEZE JEAN/FRAYSSINET JEAN, *Internet*, p. 470.

- 6 Dans le chapitre premier⁵, nous nous concentrerons, dans un premier temps, sur la délimitation des contours de la matière. Nous définirons Internet, les atteintes aux droits de propriété intellectuelle que ce moyen de communication véhicule et les conséquences qui en résultent pour l'application des règles de droit international privé. Nous chercherons à déterminer si la matière est régie par un corps de règles unifié. Cet examen nous conduira, d'une part, aux règles matérielles – soit aux instruments d'harmonisation de la propriété intellectuelle – puis, d'autre part, au projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile élaboré dans le cadre de la Conférence de La Haye, projet qui n'a malheureusement pas vu le jour, en raison, notamment, des dissensions entre les différents systèmes juridiques dans les domaines de la propriété intellectuelle et d'Internet.
- 7 Après avoir constaté l'absence de règles applicables à l'échelle mondiale, notre étude se portera sur les règles de conflit de juridictions des différents systèmes juridiques. Nous délimiterons dès lors l'étendue géographique de notre étude, laquelle se concentrera sur les règles applicables en droit américain, européen et suisse.
- 8 Dans la deuxième partie de notre étude⁶, nous constaterons l'inexistence de règles de conflit de juridictions spécifiques aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet. Nous serons ainsi amenée à rechercher les règles traditionnelles (hors ligne). Nous définirons de la sorte, dans les trois systèmes délimités, quelles sont les règles de conflit de juridictions applicables en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Nous constaterons que la matière est régie par le principe cardinal de la territorialité, lequel entraîne déjà, en matière d'atteinte transfrontalière hors ligne, des tensions relatives à la compétence extraterritoriale du juge. Si les tensions sont déjà présentes hors ligne, celles-ci sont inévitablement exacerbées par Internet.
- 9 Nous constaterons que l'application à des situations en ligne des critères de rattachement prévus pour des situations hors ligne ne se fait pas sans mal. En effet, les règles de droit international privé utilisent des critères de rattachement qui localisent matériellement la relation juridique en un certain lieu. Or, le terme de « lieu » n'a pas la même signification dans le langage virtuel d'Internet⁷. Peut-on réellement considérer qu'il y ait un « là » là ?⁸ Ce qui est certain, c'est que pour les praticiens, l'examen des critères de rattachement requiert des notions

⁵ *Infra* Chapitre premier.

⁶ *Infra* Chapitre deuxième.

⁷ BURNGEIST MATTHEW, A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, p. 24.

⁸ Expression utilisée par GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?

cybernétiques et les oblige à réinterpréter les concepts de base du droit international privé⁹. Nous examinerons les réponses jurisprudentielles et doctrinales à cette problématique en matière de compétence internationale.

- 10 Nous étudierons ainsi, dans le chapitre troisième de notre étude¹⁰, comment les tribunaux des différents systèmes juridiques ont appliqué les règles de conflit de juridictions aux litiges relatifs à la violation d'un droit de propriété intellectuelle en ligne. A cette fin, nous procéderons à une analyse jurisprudentielle des arrêts topiques, lesquels nous permettront de déterminer si l'utilisation d'Internet confère une spécificité telle que les règles juridiques existantes seraient inaptes à régler ce type de litige ou si ces règles ne nécessitent au contraire que certaines adaptations pour être appliquées aux atteintes commises en ligne.
- 11 Cet examen comparé des règles applicables et appliquées sur la scène internationale nous permettra finalement de proposer, dans notre quatrième chapitre¹¹, des critères de rattachement qui auraient vocation à s'appliquer en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet et qui seraient susceptibles d'emporter un consensus international, à tout le moins en considération des différents systèmes étudiés.

⁹ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.26, p. 542. Voir également, GINSBURG JANE C., *Réseaux numériques*, p. 10 ; KESSEDJIAN CATHERINE, *Commerce électronique et compétence*, p. 8.

¹⁰ *Infra* Chapitre troisième.

¹¹ *Infra* Chapitre quatrième.

CHAPITRE PREMIER. DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE SUR INTERNET

« *Le Far West* »¹²

I. Contexte actuel

- 12 Les récentes avancées technologiques, et notamment celles relatives à la numérisation, conjuguées à la nature ubiquitaire d'Internet, ont contribué au développement des droits de propriété intellectuelle¹³. Les droits de propriété intellectuelle ont migré sur la toile et se sont ainsi assurés une diffusion efficiente et quasi globale.
- 13 Les avancées technologiques ont toutefois également modifié l'équilibre précaire entre les titulaires et les utilisateurs de propriété intellectuelle. Les divers acteurs ont en effet dû faire face à une nouvelle forme de criminalité à grande échelle, « boostée » par ce nouveau vecteur que représente Internet : la contrefaçon¹⁴. Elle n'épargne rien ni personne. « Les titulaires de droits sont donc confrontés à de nouvelles formes de piratage, qui ont pris des dimensions insoupçonnées en raison du développement de modes révolutionnaires de reproduction et de l'existence d'un réseau d'information mondial »¹⁵. À l'image de la prolifération des contrefaçons sur la toile, l'inquiétude liée à ce phénomène est globale, contraignant de la sorte le législateur à repenser le droit de la propriété intellectuelle¹⁶.
- 14 Sur la scène internationale, les questions relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle divisent. Les intenses manifestations populaires qui ont accompagné les négociations informelles relatives à la conclusion de l'ACTA illustrent l'ampleur de la problématique¹⁷. La protection du droit de propriété

¹² DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, p. 285.

¹³ OMPI, World Intellectual Property Indicators 2014, p. 6 ss. Il est fait mention que le secteur de la propriété intellectuelle est prospère malgré la crise mondiale ; les demandes de brevets ainsi que les enregistrements de marques n'ont cessé d'augmenter ces dernières années.

¹⁴ KRAUS DANIEL, La lutte contre les contrefaçons, p. 387.

¹⁵ CONSEIL FEDERAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3269.

¹⁶ DREYFUSS ROCHELLE, An Alert to the IP Bar, p. 422.

¹⁷ KRAUS DANIEL, La lutte contre les contrefaçons, p. 387.

intellectuelle, soit la faculté de pouvoir protéger efficacement les titulaires contre des actes de contrefaçon, est contrebalancée par les libertés fondamentales, telle que la liberté d'expression par exemple. À l'échelon politique, l'ACTA n'a pas emporté non plus l'enthousiasme escompté par les États négociateurs. Certains États, tels que la Suisse, ont ainsi renoncé ou reporté la signature de ce traité visant à lutter contre la contrefaçon et la piraterie notamment par le biais d'Internet, dans le souci de préserver les libertés fondamentales.

- 15 En effet, les mesures de coopération entre États impliquent souvent l'échange de données personnelles. Or le traitement des données personnelles des utilisateurs entraîne une balance délicate entre les intérêts des titulaires de droit de propriété intellectuelle et les intérêts à la protection des données personnelles des utilisateurs d'Internet¹⁸. La liberté d'expression est également un enjeu de taille dans ce domaine puisqu'Internet représente une vitrine par laquelle les utilisateurs peuvent échanger et s'exprimer. Or cette liberté fondamentale, prévue à l'art. 10 CEDH¹⁹, et couvrant notamment le partage de fichiers sur Internet, est souvent invoquée pour faire échec aux accusations de violation des droits de propriété intellectuelle en ligne²⁰.
- 16 La problématique du respect des droits de propriété intellectuelle sur Internet a défrayé la chronique en faisant parler d'elle dans le monde entier. En effet, deux projets de loi anti-piratage ont été soumis au Sénat et à la Chambre des représentants des États-Unis aux mois de mai et octobre 2011. Ces projets intitulés respectivement « SOPA » (*Stop Online Piracy Act*) et « PIPA » (*Protect Intellectual Property Act*) prévoient en substance le blocage de tous les sites enfreignant les lois américaines sur le droit d'auteur. Si ces projets ont été soutenus par Hollywood et l'industrie musicale, ils ont en revanche déclenché les foudres des plus grands protagonistes de l'Internet, comme eBay, Google, Facebook et Wikipédia qui se sont fendu d'une lettre ouverte dans laquelle ils exprimaient leurs inquiétudes. La réponse de la Maison Blanche a été la suivante :

« While we believe that online piracy by foreign websites is a serious problem that requires a serious legislative response, we will not support legislation that reduces freedom of expression, increases

¹⁸ Voir à ce sujet l'ATF 136 II 508 dans lequel le Tribunal fédéral conclut que dans certains cas, la collecte d'adresses IP peut être considérée comme violant la LPD.

¹⁹ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.

²⁰ Voir à ce sujet la décision de la CourEDH dans la cause *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède* du 19 février 2013, requête n° 40397/12, dans laquelle les requérants, gestionnaires du célèbre site de partage de fichiers sur Internet « The Pirate Bay » avaient invoqué, sans succès, la liberté d'expression.

cybersecurity risk, or undermines the dynamic, innovative global Internet.

Any effort to combat online piracy must guard against the risk of online censorship of lawful activity and must not inhibit innovation by our dynamic businesses large and small. Across the globe, the openness of the Internet is increasingly central to innovation in business, government, and society and it must be protected. To minimize this risk, new legislation must be narrowly targeted only at sites beyond the reach of current U.S. law, cover activity clearly prohibited under existing U.S. laws, and be effectively tailored, with strong due process and focused on criminal activity. Any provision covering Internet intermediaries such as online advertising networks, payment processors, or search engines must be transparent and designed to prevent overly broad private rights of action that could encourage unjustified litigation that could discourage startup businesses and innovative firms from growing. (...)

*Let us be clear – online piracy is a real problem that harms the American economy, threatens jobs for significant numbers of middle class workers and hurts some of our nation's most creative and innovative companies and entrepreneurs. It harms everyone from struggling artists to production crews, and from startup social media companies to large movie studios. While we are strongly committed to the vigorous enforcement of intellectual property rights, existing tools are not strong enough to root out the worst online pirates beyond our borders. **That is why the Administration calls on all sides to work together to pass sound legislation this year that provides prosecutors and rights holders new legal tools to combat online piracy originating beyond U.S. borders while staying true to the principles outlined above in this response.** We should never let criminals hide behind a hollow embrace of legitimate American values.*

*This is not just a matter for legislation. **We expect and encourage all private parties, including both content creators and Internet platform providers working together, to adopt voluntary measures and best practices to reduce online piracy.*** »²¹.

²¹ Extrait du communiqué officiel de la Maison Blanche faisant suite aux pétitions sur les projets anti-piraterie sur Internet, rédigé par VICTORIA ESPINEL, Intellectual Property Enforcement Coordinator at Office of Management and Budget, ANEESH CHOPRA, U.S. Chief Technology Officer, et HOWARD SCHMIDT, Special Assistant to the President and Cybersecurity Coordinator for National Security Staff, publié sur le site officiel de la Maison Blanche en date du 14 janvier 2012 : <http://www.whitehouse.gov/blog/2012/01/14/obama-administration-responds-we-people-petitions-sopa-and-online-piracy>. Traduction libre du premier paragraphe : « Nous considérons que le piratage sur Internet est un grave problème qui nécessite une réponse législative sérieuse, mais nous ne soutiendrons pas une législation qui réduit la liberté d'expression, augmente les risques pour la sécurité cybernétique et sape le dynamisme et le caractère innovant de l'Internet mondial ».

- 17 En Suisse, les postulats ainsi que les rapports relatifs à la contrefaçon sur Internet éclosent²². Préoccupé par l'ampleur du phénomène, l'IPI s'est d'ailleurs approché des milieux concernés pour tenter de dégager des statistiques sur l'utilisation d'œuvres illégales sur Internet. Malheureusement, il n'existe à ce jour aucun chiffre officiel dans ce domaine.
- 18 Les conséquences de la contrefaçon sont diverses et variées. De façon générale, la contrefaçon a des incidences sur la société. Parmi celles-ci on peut relever la sécurité des consommateurs, notamment dans le secteur des produits médicaux. En effet, certains médicaments contrefaits par des personnes peu scrupuleuses représentent un réel danger pour leur santé²³. L'innovation est en outre sensible à ce phénomène. Dans un secteur gangrené par les contrefaçons, les entreprises seront plus réticentes à investir dans le développement de produits²⁴. Ce phénomène peut également engendrer une atteinte à l'image de marque si la contrefaçon est de qualité inférieure à l'originale²⁵.
- 19 Néanmoins, la principale conséquence de la contrefaçon est en premier lieu économique. « La contrefaçon coûte chaque année à l'industrie mondiale des milliards de dollars »²⁶. Selon l'OCDE, le marché de la contrefaçon représentait une perte estimée à 100 milliards de dollars en 2000. En 2007, cette perte s'est élevée à hauteur de 250 milliards de dollars²⁷. Aux États-Unis, par exemple, la perte économique éprouvée par l'industrie liée au droit d'auteur serait de l'ordre de 15 milliards de dollars par an²⁸. En effet, la vente de produits contrefaits entraîne une perte directe pour les entreprises concernées par ce problème. L'industrie de la musique souffre d'une baisse des ventes de CD via le commerce traditionnel²⁹.
- 20 Et la Commission européenne de rappeler récemment que « [l]a possibilité de faire respecter ou de contester effectivement des droits de propriété industrielle dans la Communauté est d'une importance capitale pour le bon fonctionnement

²² Voir entre autres : CONSEIL FEDERAL, Rapport en réponse au postulat Savary ; FLURI KURT, Postulat sur l'utilisation d'offres illégales sur Internet ; FLURI KURT, Interpellation sur la protection de la propriété intellectuelle sur Internet ; SAVARY GÉRALDINE, Postulat téléchargement illégal ; OFJ, Internet dans les ménages.

²³ OCDE, Les incidences économiques de la contrefaçon, p. 27.

²⁴ *Idem*, p. 27 ss.

²⁵ Voir au sujet de l'e-réputation, GOLA ROMAIN V., E-commerce, p. 451 ss.

²⁶ OCDE, Les incidences économiques de la contrefaçon, p. 27.

²⁷ OCDE, Magnitude of Counterfeiting and Piracy, figure 1.

²⁸ AIPPI, Working Committee, p. 3.

²⁹ IPI, Rapport final AGUR12, p. 21.

du marché intérieur »³⁰. La protection des droits de propriété intellectuelle a ainsi fait l'objet de nombreux instruments internationaux et internes ayant pour but d'harmoniser les droits de propriété intellectuelle et de renforcer la coopération entre les États afin de lutter efficacement contre la contrefaçon.

- 21 « L'Union européenne se trouve donc devant un double défi : assurer la meilleure protection juridique possible pour ses citoyens par rapport au développement du commerce électronique et de ses risques (en particulier parce qu'il y a, généralement, un paiement d'avance par le consommateur) et parallèlement, ne pas freiner l'usage de ce moyen de promotion pour les entreprises européennes, notamment les PME. Ce défi concerne en premier lieu l'espace judiciaire européen, mais comporte aussi une dimension internationale, notamment en matière de protection du consommateur, car aujourd'hui, la majorité des propositions sur le 'web' provient de sociétés établies dans des pays tiers »³¹.
- 22 La protection des droits de propriété intellectuelle implique la mise en œuvre de procédures efficaces. En effet, une fois la violation d'un droit de propriété intellectuelle constatée, les victimes potentielles doivent avoir la possibilité de faire respecter leur droit et de sauvegarder leurs intérêts. Cette étape conduira vraisemblablement les parties à une procédure judiciaire lors de laquelle elles pourront faire valoir leurs revendications. Le demandeur devra ainsi saisir l'autorité compétente. Mais quelle est-elle ? En effet, la détermination du juge compétent pose de nombreux problèmes lorsque le litige implique Internet.
- 23 La question de la détermination de la compétence internationale du juge en matière de propriété intellectuelle est une question épineuse. Cette complexité est accrue par le manque de convention internationale applicable spécifiquement aux litiges en matière de contrefaçon sur Internet. Il n'existe de surcroît aucune convention internationale mondiale en matière de compétence internationale, qui pourrait, cas échéant, être appliquée aux droits de propriété intellectuelle. Les organismes internationaux ont pourtant tenté d'harmoniser les règles de conflit de juridictions internationales. C'est ainsi que, jusqu'en 2001, d'après négociations en la matière ont été menées dans le cadre de l'élaboration d'une Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, élaboration réalisée sous l'égide de la Conférence de La Haye. Malheureusement, aucun consensus n'a pu être trouvé et ceci notamment en matière de propriété intellectuelle, preuve de la complexité de la problématique.

³⁰ Commission des Communautés européennes, Livre vert, p. 6.

³¹ Comité économique et social, Avis Règlement Bruxelles I, n° 4.2.2, p. 9 s.

- 24 Lorsque la victime fait face à un délit commis au moyen d'Internet, elle se rendra compte que la simple question du juge compétent n'entraîne pas de réponse simple.
- 25 Avant de déterminer les règles applicables³², ce premier chapitre nous permettra de poser le cadre général de l'étude et de définir ainsi les différentes notions que nous allons étudier par la suite. Il nous a semblé naturel de débiter notre étude en abordant la relation entre Internet et la contrefaçon (II). Pour ce faire nous définirons en premier lieu Internet (A). En effet, Internet peut être considéré comme le « patient zéro ». C'est à lui que l'on doit ce besoin d'adaptation de concepts qui donnaient satisfaction jusqu'à présent. Il s'agira, dans un deuxième temps, d'examiner la propriété intellectuelle et plus particulièrement sa migration sur ce nouveau « territoire » (B). Nous constaterons que si les droits de propriété intellectuelle coexistaient sereinement d'un côté et de l'autre de la frontière, Internet a remis en cause cette coexistence en annihilant les barrières et en confrontant ainsi les droits nationaux les uns aux autres. Nous nous attarderons quelque peu sur le terrain propice qu'Internet a offert aux contrefaçons, ce qui a permis leur diffusion à grande échelle. Nous continuerons notre route vers les défis auxquels font face les titulaires de droits de propriété intellectuelle lorsqu'il s'agit de protéger leur droit contre cette contrefaçon globalisée (III). Finalement, nous examinerons la propension (et la difficulté) des règles actuelles à coordonner les systèmes juridiques en la matière et à donner une réponse adéquate (IV). Nous terminerons notre cheminement en délimitant le cadre de la présente étude (V).

II. Contrefaçon sur Internet

A. Internet

1. Notions

a) Définition

- 26 Il n'est presque plus nécessaire de présenter Internet, tant il est omniprésent dans notre quotidien. Certains y prêtent une « (...) envergure de ces grandes créations qui façonnent l'histoire humaine (...) »³³. Pour d'autres, il est considéré comme

³² *Infra* Chapitre deuxième.

³³ PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, *Internet juridique*, p. 1.

« *The information superhighway* »³⁴, « *Le Far West* »³⁵, « Le village global »³⁶, « Le village virtuel »³⁷ ou encore « *The world's biggest copy machine* »³⁸.

- 27 Internet, issu de la contraction de « 'inter' (plusieurs, ensemble) et 'network' (réseau) »³⁹, possède de nombreuses définitions qui varient en fonction des circonstances. On peut ainsi le définir comme : « (...) une immense banque de données permettant l'accès à un potentiel informatif sans précédent (...) »⁴⁰ ou, plus précisément, « un moyen interactif de communication qui contient des informations et qui, quel que soit le lieu, est accessible simultanément et immédiatement par les membres du public de l'endroit et au moment qu'ils choisissent de manière individualisée »⁴¹.
- 28 Né aux États-Unis au sein du département de la Défense, *ARPANET*⁴², la version originelle d'Internet, avait été conçue et développée en tant que moyen de communication sous forme de courrier électronique. Cette version évoluera jusqu'à devenir, en 1980, *Internet*, tel que nous le connaissons actuellement⁴³.
- 29 Depuis sa création, Internet n'a cessé de croître. De moins de 3 millions d'utilisateurs en 1991⁴⁴, le nombre d'utilisateurs est passé à 2.3 milliards fin 2011⁴⁵ et à 3.6 milliards estimés pour fin 2016⁴⁶. En 2016, 1.8 milliards de foyers disposeraient d'une connexion Internet. La pénétration d'Internet dans les pays développés est toutefois sensiblement plus élevée que dans les pays en voie de développement⁴⁷. Actuellement, Internet compterait plus de 4.74 milliards de

³⁴ Terme internationalement reconnu pour désigner Internet. Voir par ex. les arrêts *CompuServe*, *Martiz* et *ALS Scan*. On doit toutefois l'origine de ce terme à GORE ALBERT A., *Networking the Future : We Need a National "Superhighway" for Computer Information*, *The Washington Post* du 15 juillet 1990.

³⁵ DESSEMONTET FRANÇOIS, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, p. 285.

³⁶ *Idem*, p. 288.

³⁷ SIRINELLI PIERRE, *Village virtuel et création normative*, p. 1 ss, qui utilise également le terme de « village planétaire ».

³⁸ LAUREN GIBBONS PAUL, *World's biggest copy machine*, p. 109.

³⁹ DUHEN WILLY, *Fournisseurs d'accès*, p. 39.

⁴⁰ PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, *Internet juridique*, p. 1.

⁴¹ OMPI, *Recommandation commune*, art. 1 ch. vi).

⁴² *Advanced Research Projects Agency Network*.

⁴³ Pour plus d'informations sur les origines d'Internet, voir PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, *Internet juridique*, p. 1 ss.

⁴⁴ OCDE, *Perspectives économiques*, p. 213.

⁴⁵ ITU, *Measuring the Information Society* 2012.

⁴⁶ ITU, *ICT facts and figures* 2016.

⁴⁷ *Ibidem*.

pages⁴⁸ et serait utilisé par une personne sur deux dans le monde⁴⁹. En outre, 95% de la population mondiale aurait accès à une couverture Internet pour téléphone mobile⁵⁰.

- 30 Les Suisses ne dérogent pas à la règle et sont particulièrement friands d'Internet. Ils sont passés de moins de 10% d'utilisateurs en 1997 à 78% en 2010, ce qui représente, à cette dernière date, 5.1 millions d'internautes⁵¹.
- 31 Internet est souvent assimilé au *World Wide Web*. C'est d'ailleurs grâce à ce dernier qu'Internet s'est démocratisé⁵². Or, le *World Wide Web* ne représente qu'une façon d'utiliser Internet, au même titre que les courriers électroniques ou les réseaux sociaux⁵³.
- 32 La définition du *World Wide Web* émane de l'Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire (CERN) à Genève qui, en 1993, a proposé une définition destinée au domaine public : « *The World Wide Web (...) is a global computer network information system* »⁵⁴. Cette notion, également désignée comme la « toile d'araignée mondiale » ou simplement « la toile »⁵⁵ ou le « *Web* », est un « système hypermédia permettant d'accéder aux ressources du réseau Internet »⁵⁶, c'est-à-dire de consulter les pages des sites Internet trouvées à l'aide d'un navigateur.
- 33 Quant aux courriers électroniques et aux réseaux sociaux, ils sont incontournables et font désormais partie du quotidien de l'internaute⁵⁷. Les réseaux sociaux « (...) montrent que l'Internet n'est pas un simple moyen de communication, outil d'information, mais aussi le moyen de mener une vie sociale parallèle à la réelle et qui, pour certains, est plus importante que la vie réelle »⁵⁸.

⁴⁸ Données accessibles sur <http://www.worldwidewebsize.com>, état au 1^{er} octobre 2016.

⁴⁹ ITU, ICT facts and figures 2016.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ OFS, Internet dans les ménages en Suisse, p. 5 et p. 10.

⁵² PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, Internet juridique, p. 3.

⁵³ SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 2 s. ; SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, Private International Law, p. 53 s.

⁵⁴ CERN, Statement concerning W3, p. 1.

⁵⁵ SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 3.

⁵⁶ Définition issue de : http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/World_Wide_Web/82832.

⁵⁷ CASTETS-RENARD CÉLINE, Droit de l'Internet, p. 2. Voir également SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 2 s.

⁵⁸ CASTETS-RENARD CÉLINE, Droit de l'Internet, p. 2.

b) *Commerce électronique*

- 34 La capacité que représente Internet à accéder à l'information de manière instantanée ainsi que le développement de nouveaux moyens de digitalisation ont fait d'Internet un outil révolutionnaire⁵⁹.
- 35 Les différents acteurs d'Internet ont dès lors rapidement compris les avantages économiques que celui-ci pouvait leur offrir. « *The Internet has created a tremendous global means of rapid exchange of information by the government, academic institutions, and commercial entities* »⁶⁰. Grâce notamment à son caractère instantané et peu coûteux, Internet est peu à peu passé d'une plateforme d'échange d'idées et d'informations à une véritable plateforme commerciale⁶¹.
- 36 « Le commerce électronique est un marché en émergence. Dans cet environnement en évolution rapide et hautement fluide, nous assistons au développement d'une vaste gamme d'entreprises virtuelles, de communautés commerciales et de marchés novateurs »⁶². Le commerce électronique n'est pas une nouveauté. Cependant, la globalisation et la « croissance phénoménale »⁶³ des échanges sur Internet l'ont propulsé de l'échelon local à l'échelon planétaire⁶⁴. Les échanges internationaux de biens et services ont ainsi quadruplé entre 1993 et 2011⁶⁵. Rien qu'en Europe, par exemple, l'augmentation moyenne annuelle du commerce électronique se monte à 22% entre 2000 et 2014⁶⁶.

c) *Acteurs d'Internet*

- 37 Nombreux sont les acteurs actifs sur le Web. Ils participent activement à l'échange d'informations. La présente étude n'a pas vocation à étudier de manière approfondie le rôle de ceux-ci ainsi que leur responsabilité civile en cas de délit. Il est néanmoins utile de définir succinctement certains de ces acteurs dont il sera question par la suite.
- 38 Pour les besoins de la présente étude, nous avons regroupé les acteurs d'Internet en deux catégories : les acteurs principaux (i) et les acteurs intermédiaires (ii).

⁵⁹ OMPI, A Survey of Issues, p. 19.

⁶⁰ Arrêt *Maritz c. Cybergold*, p. 5.

⁶¹ OCDE, Perspectives économiques, p. 213.

⁶² Parlement européen, Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique, p. 10.

⁶³ HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 4.

⁶⁴ Parlement européen, Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique, p. 9.

⁶⁵ OCDE, Illicit Trade, p. 2.

⁶⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, Geo-blocking practices in e-commerce, figure 1, p. 6.

i. Acteurs principaux

- 39 L'acteur principal est dénommé, dans le cadre de la présente étude, le fournisseur de contenus ou d'informations (« *content provider* »)⁶⁷. C'est cette personne qui met à disposition sur Internet un contenu (son propre contenu ou celui de tiers), sur son serveur ou sur celui d'une tierce personne⁶⁸. Il diffuse sur Internet des informations sous forme « de textes, d'images, de sons ou de vidéos »⁶⁹.
- 40 De l'autre côté se trouvent les utilisateurs d'Internet qui auront accès au contenu mis à leur disposition sur Internet. Dans le langage courant, il est dit des sites Internet qu'ils sont « visités » par les internautes. Cette « visite » de la part de l'utilisateur d'Internet suppose un comportement actif. Il doit en effet « se rendre » sur la page pour obtenir le contenu posté par celui qui l'a mis en ligne. Dans ce sens, et à l'inverse des médias traditionnels qui comprennent un expéditeur actif et un destinataire passif, les parties sur Internet sont toutes les deux actives⁷⁰.
- 41 Alors que la première génération d'Internet a contribué à la globalisation des échanges et du commerce électronique et ainsi au développement des entreprises actives en ligne, la deuxième génération d'Internet, Web 2.0, est orientée vers les internautes, notamment par l'expansion des réseaux sociaux⁷¹. « Cette phase se caractérise aussi par la prolifération des informations sur l'Internet, et la nécessité de recourir aux outils permettant le tri et la recherche. Les moteurs de recherche comme 'Google' sont alors indispensables à une bonne navigation (...) »⁷².

ii. Intermédiaires

- 42 Le commerce électronique fait en outre appel à certains acteurs spécifiques. Lorsqu'une personne désire proposer un produit en ligne, elle pourra le faire par ses propres moyens, c'est-à-dire en créant son propre site Internet, ou alors elle pourra faire appel à un fournisseur de service Internet (« *service provider* »)⁷³.

⁶⁷ Dans la présente étude, le fournisseur de contenus sera également dénommé « l'opérateur », « le contrefacteur » ou « le défendeur » à l'action en contrefaçon.

⁶⁸ BÉNÉDICT JÉRÔME, Prestataires techniques sur Internet, p. 15 ; CONSEIL FEDERAL, Fournisseurs de services Internet, p. 17.

⁶⁹ WERRO FRANZ/SONNEY VIRGINIE, Services Internet, p. 120.

⁷⁰ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 10.22, p. 541.

⁷¹ CASTETS-RENARD CÉLINE, Droit de l'Internet, p. 1 s.

⁷² *Idem*, p. 2.

⁷³ SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 3 s.

Les fournisseurs de services offrent de nombreuses prestations parmi lesquelles se trouvent l'hébergement sur Internet (a) et l'accès à Internet (b).

(a) Fournisseur d'hébergement Internet

- 43 Le fournisseur d'hébergement est un fournisseur de services qui propose aux internautes (plus spécifiquement aux fournisseurs de contenu) un espace limité sur son serveur pour héberger leur site Internet⁷⁴.
- 44 Dans le contexte de la deuxième génération d'Internet, Web 2.0, les fournisseurs d'hébergement proposent désormais en plus de l'hébergement des services d'accompagnement – allant de la création à la gestion des sites Internet – du type « clé en main », facilitant leur utilisation⁷⁵. Parmi les plus célèbres fournisseurs d'hébergement permettant ce type de prestations, on peut citer Youtube, Facebook et LinkedIn⁷⁶.

(b) Fournisseur d'accès Internet

- 45 Comme son nom l'indique, le fournisseur d'accès offre à l'utilisateur un accès, une connexion au réseau Internet. Ce service est généralement dispensé par des opérateurs de télécommunication du type UPC Cablecom, Swisscom ou Sunrise⁷⁷ sous la forme d'abonnements. La connexion s'établit par le biais d'un logiciel – fourni par le fournisseur d'accès –, d'un modem et d'une ligne téléphonique⁷⁸. Le fournisseur d'accès permet ainsi l'accès au site Internet établi par le fournisseur de contenu⁷⁹.

⁷⁴ GILLIÉRON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, p. 388.

⁷⁵ REYMOND MICHEL, Atteinte à la personnalité par Internet, p. 18 s.

⁷⁶ *Idem*, p. 19.

⁷⁷ Certains exploitants du réseau de télévision proposent désormais également ce type de prestations. Voir à ce sujet, GILLIÉRON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, p. 391.

⁷⁸ BÉNÉDICT JÉRÔME, Prestataires techniques sur Internet, p. 14 ; GILLIÉRON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, p. 391.

⁷⁹ SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 3 s.

(c) *Fournisseurs d'outils de recherche*

- 46 Une étude du Web ne serait pas complète sans mentionner les moteurs de recherche. Le plus connu est sans aucun doute Google ; « Saint patron des cyberchercheurs, il est béni par les égarés de l'univers numérique »⁸⁰.
- 47 En substance, les moteurs de recherche facilitent la recherche d'information sur Internet. Cette recherche se fait par l'utilisation de logiciels d'exploration « qui visitent en continu les pages Web disponibles sur Internet et les indexent de façon automatique, en fonction des mots-clés qu'ils contiennent »⁸¹.
- 48 Les moteurs de recherche sont très fréquemment utilisés lors de recherches sur Internet. Ils représentent la principale source de visite des sites Internet référencés, devant l'accès direct par le nom de domaine et le renvoi par des liens contenus sur d'autres sites⁸². Cette hégémonie incite de la sorte les fournisseurs de contenu à tout mettre en œuvre pour que leur site Internet soit bien placé dans le résultat de la recherche⁸³.

2. Caractéristiques d'Internet

- 49 « L'Internet transcende les frontières nationales. Les utilisateurs peuvent y accéder de n'importe quel endroit dans le monde. Grâce aux techniques de commutation de paquets, l'information peut traverser plusieurs pays avant d'atteindre sa destination. Il s'agit d'un moyen de communication mondial transposé dans un système dont l'histoire a privilégié la séparation physique des territoires sur lesquels s'exercent des autorités différentes. »⁸⁴
- 50 Internet avait en effet été initialement conçu pour ignorer toute limite géographique. En ce sens, il représentait et représente toujours à l'heure actuelle un incroyable espace de liberté et d'échange. « *When the Internet first became available, no expression, privacy, or property was barred. The Internet by its very nature was free from constraints* »⁸⁵. Cette liberté a cependant trouvé ses limites dans le principe de territorialité qui prévoit que chaque État est souverain sur son territoire. Cette « territorialisation » se heurte toutefois à la nature globale d'Internet. Comment esquisser les contours de ces territoires ? Comment

⁸⁰ PIRLOT DE CORBION SOPHIE, Outils de recherche, p. 121.

⁸¹ BÉNÉDICT JÉRÔME, Prestataires techniques sur Internet, p. 37.

⁸² PIRLOT DE CORBION SOPHIE, Outils de recherche, p. 127, et les références citées.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ OMPI, La gestion des noms et adresses de l'Internet, p. 2.

⁸⁵ MILLER SAMUEL F., Internet Activity, p. 250.

délimiter un espace qui n'a pas de frontières ? La question reste d'actualité⁸⁶ et est étroitement liée au principe de territorialité que nous étudierons par la suite.

- 51 « *The fact that the Internet is being regulated through both the law and technical developments is widely acknowledged* »⁸⁷. Ainsi, avant d'examiner comment et quelles règles de droit appliquer sur Internet, il convient de se pencher sur ses spécificités techniques.
- 52 L'OMPI a défini Internet dans sa Recommandation en tant que « moyen interactif de communication qui contient des informations et qui, quel que soit le lieu, est accessible simultanément et immédiatement par les membres du public de l'endroit et au moment qu'ils choisissent de manière individualisée »⁸⁸. Internet est, par essence, ubiquitaire. Un contenu posté sur Internet est accessible dans le monde entier et de manière instantanée. On peut ainsi relever deux aspects déterminants pour la présente étude. Le premier est étroitement lié la localisation des ressources Internet et le deuxième à l'accessibilité du contenu mis en ligne.

a) Localisation

- 53 De par sa nature globale, Internet fait fi des frontières traditionnelles. L'identification et la localisation des divers protagonistes ainsi que de leurs actes représentent de ce fait un véritable défi.

i. Difficultés de localisation

- 54 La nature globale d'Internet représente une plateforme idéale pour les activités délictueuses qui fleurissent sur la toile. « Internet devient aussi le vecteur de communication de l'interdit »⁸⁹. Cet espace virtuel engendre en effet « une altération de la perception de l'espace »⁹⁰ qui participe au sentiment d'anonymat ressenti par les utilisateurs⁹¹. Cet anonymat « pose un véritable problème lorsqu'il s'agit d'identifier l'auteur d'une infraction et en particulier lorsqu'elle est réalisée

⁸⁶ Voir à ce sujet SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Borders on, or border around*, p. 344 ss.

⁸⁷ Svantesson Dan Jerker Börje, *Borders on, or border around*, p. 353.

⁸⁸ Art. 1 (vi) Recommandation commune OMPI. Cette recommandation sera examinée *infra* Chapitre quatrième, II, C.

⁸⁹ SIRINELLI PIERRE, *Village virtuel et création normative*, p. 4.

⁹⁰ CACHARD OLIVIER, *Régulation internationale*, p. 3.

⁹¹ BOONE BRIAN D., *Personal Jurisdiction*, p. 247 s ; KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, *Droit international privé*, n° 546b, p. 295. Anonymat atténué par le fait qu'un ordinateur ne peut recevoir d'informations émanant d'Internet qu'en donnant son adresse IP. Voir à ce sujet PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, p. 73.

à travers des ‘blogs’, des ‘chats’ ou des forums où les auteurs ne sont généralement identifiables que par un pseudonyme »⁹². Ceci d’autant plus que l’anonymat n’est parfois pas la résultante mais l’objectif recherché. Certaines plateformes jouent en effet la carte de l’anonymat pour attirer les internautes. Il en va ainsi par exemple de la plateforme de vente de produits illicites « *Silk Road* » qui utilisait un réseau dont l’accès était particulièrement difficile⁹³.

- 55 Les difficultés de localisation touchent tant les différents acteurs d’Internet⁹⁴ que les événements que ceux-ci engendrent, tel le lieu où se sont produits les événements potentiellement dommageables. En effet, dans la plupart des cas, les utilisateurs d’Internet se préoccupent peu de la localisation des ressources qu’ils utilisent et de leur caractère transfrontalier⁹⁵. Cette situation profite finalement aux cyberdélinquants⁹⁶.
- 56 Les moyens de localisation qui valent dans le monde réel sont inutiles dans le monde virtuel. Ils ne permettent pas de localiser les personnes dans un univers où les échanges sont dématérialisés et où les informations personnelles elles-mêmes, accessibles en ligne, ne sont pas toujours fiables⁹⁷.

ii. Moyens techniques de localisation

- 57 Dans le monde virtuel, il faut se référer à d’autres critères techniques en vue de localiser les différents éléments. Les adresses IP (a) ainsi que les noms de domaine (b) représentent les ressources d’adressage d’Internet.

(a) Adresses IP

- 58 L’adresse IP d’un ordinateur est composée d’une « suite de quatre chiffres, compris entre 0 et 255, séparés par des points, qui correspondent à l’adresse numérique de l’ordinateur »⁹⁸. Chaque ordinateur détient ainsi sa propre adresse IP.

⁹² GOLA ROMAIN V., E-commerce, p. 454.

⁹³ JACCARD MICHEL/HOANG LÊ-BINH, Internet, médias sociaux, applications, p. 139.

⁹⁴ HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 8.

⁹⁵ BURNSTEIN MATTHEW, A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, p. 24. Voir également à ce sujet BERMAN PAUL SHIFF, Jurisdiction, p. 330 s.

⁹⁶ SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 4 s.

⁹⁷ GOLA ROMAIN V., E-commerce, p. 19 ; THOMANN FELIX H., Urheberrechten auf dem Internet, p. 532 s.

⁹⁸ FÉRAL-SCHUHL CHRISTIANE, Cyberdroit, n° 81.09, p. 596.

- 59 La gestion des ressources d'adressage (adresses IP et noms de domaine) a été confiée à une société de droit californien à but non lucratif⁹⁹ : L'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)¹⁰⁰. En matière de gestion des adresses IP, c'est l'*Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), qui est une subdivision de l'ICANN, qui est compétente¹⁰¹.
- 60 Si l'adresse IP permet d'identifier un ordinateur ou permet plus précisément aux machines de s'identifier entre elles, elle ne donne néanmoins aucune information de géolocalisation. L'adresse IP ne permet pas de rattacher les données techniques à un territoire en particulier¹⁰².

(b) *Noms de domaine*

(1) Définition et structure des noms de domaine

- 61 Le nom de domaine est un « paramètre de communication unique, composé d'une suite de caractères alphanumériques, idéographiques ou autres qui permet d'identifier un domaine »¹⁰³. Les noms de domaine ont une fonction d'identification en ce sens qu'ils désignent un élément du réseau Internet et plus particulièrement un site Web¹⁰⁴. De manière plus simplifiée, les noms de domaine représentent les adresses d'Internet¹⁰⁵. Chaque adresse IP peut, au terme d'une procédure, faire l'objet d'un nom de domaine qui lui permettra d'être plus attractif et plus représentatif auprès des internautes qu'une suite de nombres¹⁰⁶.
- 62 Le nom de domaine est en principe composé d'un domaine de premier niveau (« *Top Level Domain* » ou [TLD]) ainsi qu'un domaine de deuxième niveau (« *Second Domain Name* » ou [SLD]), mais il peut contenir également un domaine de troisième niveau ou de quatrième niveau¹⁰⁷.
- 63 Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple de <www.unine.ch>.

⁹⁹ Annexe (art. 3) à l'ODI, let. f).

¹⁰⁰ La légitimité de cette société est controversée. Ses détracteurs lui reprochent d'être fortement influencée par les États-Unis. Voir à ce sujet, WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, p. 124.

¹⁰¹ BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 268.

¹⁰² REYMOND MICHEL, Atteinte à la personnalité par Internet, p. 22 s.

¹⁰³ Annexe (art. 3) à l'ODI, let. c),

¹⁰⁴ BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 269 ; FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 10.09, p. 536.

¹⁰⁵ TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 742.

¹⁰⁶ WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, p. 120. Dans ce sens également, TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 742.

¹⁰⁷ WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, p. 120 ss.

- 64 « .ch » représente le domaine de premier niveau, soit la particule finale. Les domaines de premier niveau se subdivisent ensuite en deux catégories. La première concerne les domaines génériques de premier niveau (« *generic Top Level Domain* » [gTLD]), soit par exemple « .com », « .gov » ou « .org ». La deuxième sous-catégorie porte sur les domaines de pays de premier niveau (« *country code Top Level Domain* » ou [ccTLD]), soit par exemple « .ch » pour la Suisse ou « .fr » pour la France¹⁰⁸.
- 65 « unine » représente le domaine de deuxième niveau. Le nom de domaine de deuxième niveau est choisi par l'utilisateur qui doit le faire enregistrer dans un registre.

(2) Gestion et libéralisation des noms de domaine

- 66 La gestion des noms de domaine relève de l'ICANN. Celle-ci a attribué à chaque pays un domaine de pays de premier niveau du type « .ch »¹⁰⁹ pour la Suisse ou « .se » pour la Suède. Ces domaines sont gérés de façon souveraine par chaque pays¹¹⁰.
- 67 L'ICANN a récemment décidé de libéraliser les noms de domaine génériques de premier niveau. Les personnes morales qui souhaitaient enregistrer un nom de domaine pouvaient soumettre leur requête à l'ICANN jusqu'au 12 avril 2012¹¹¹. Les nouveaux noms de domaine sont de natures aussi diverses que les thématiques qu'ils représentent (« .versicherung », « .paris », « .catholic » ou « .ferrari »)¹¹².
- 68 La Confédération suisse a obtenu, dans ce contexte, le domaine « .swiss »¹¹³ en vue de l'ériger en « vitrine Internet de la Suisse »¹¹⁴. Il est intéressant de relever qu'en vue d'obtenir le nom de domaine « .swiss », « le requérant peut faire état d'un lien suffisant avec la Suisse ; tel est en particulier le cas lorsque son siège et un réel site administratif ou son domicile se trouvent en Suisse, ou s'il peut faire

¹⁰⁸ *Idem*, p. 122.

¹⁰⁹ Depuis le 1^{er} janvier 2015, la fondation SWITCH tient uniquement lieu de registre. Les noms de domaine du « .ch » doivent être enregistrés auprès de registraires (revendeur de noms de domaine) du « .ch » au sens de l'art. 64 al. 2 ODI (fonction précédemment tenue par SWITCH). Voir à ce sujet BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 275.

¹¹⁰ Voir à ce sujet ODI et OFCOM, Feuille d'information 2.

¹¹¹ BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 266.

¹¹² Exemples tirés de BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 266.

¹¹³ Contrairement au « .ch » que la Suisse gère souverainement, la Suisse doit tenir compte des règles de l'ICANN pour le « .swiss ». L'OFCOM tient lieu de registre du « .swiss ».

¹¹⁴ BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 266 s.

état de la nationalité suisse »¹¹⁵. Il résulte ainsi de l'ODI que le nom de domaine « .ch », attribué par le principe du « premier arrivé-premier servi »¹¹⁶ et qui ne suppose aucun lien avec le territoire suisse, diffère fortement de son homologue « .swiss » qui exige un lien étroit avec la Suisse.

(c) *Défaut de données géolocalisables*

- 69 A l'instar des adresses IP, les noms de domaine ne permettent pas une géolocalisation fiable.
- 70 Les sites Internet comprenant un domaine de pays de premier niveau du type « .ch » peuvent tout à fait être exploités par une personne résidant dans un autre pays que la Suisse.
- 71 Il en va de même des *generic Top Level Domain*. Les noms de domaine se terminant par « .com » ou « .org » ne donnent aucune indication géographique pertinente¹¹⁷. « *The Pirate Bay* » en est le parfait exemple. Pour échapper au contrôle des autorités américaines, ce célèbre site de partage de fichiers a simplement changé de nom de domaine. En optant pour un nom de domaine national, en l'occurrence suédois (« .se ») et en renonçant au nom de domaine « .com », le site s'est ainsi « délocalisé » en Suède¹¹⁸.
- 72 Dans la mesure où les noms de domaine ne donnent pas d'information géographique certaine, les adresses électroniques des internautes¹¹⁹ subissent le même sort. Elles ne sont en soi pas représentatives d'un rattachement géographique¹²⁰. L'adresse électronique ne comporte en effet aucun indice géographique et quand bien même elle contiendrait une référence géographique,

¹¹⁵ Art. 53 al. 1 let. 3 ODI.

¹¹⁶ TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 746.

¹¹⁷ *Idem*, p. 751.

¹¹⁸ Voir à ce sujet l'article paru dans Le Monde, *The Pirate Bay dans la tourmente*, daté du 2 février 2012, accessible sur : http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/02/02/the-pirate-bay-dans-la-tourmente_1637758_651865.html.

¹¹⁹ Afin de dissiper toute confusion, « [l]es adresses électroniques se présentent sous la forme d'un « login » (nom d'utilisateur) suivi de l'arobase (signe « @ ») puis du nom du fournisseur d'accès ou du domaine », PANSIER FRÉDÉRIC-JÉRÔME, *Internet juridique*, p. 30. L'adresse électronique d'une personne ne doit pas être confondue avec l'adresse IP d'un ordinateur. Voir à ce sujet, FÉRAL-SCHUHL CHRISTIANE, *Cyberdroit*, n° 81.09, p. 596.

¹²⁰ Dans ce sens : BURNSTEIN MATTHEW, *A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment*, p. 24 s. ; CACHARD OLIVIER, *Régulation internationale*, p. 3 ; JOHNSON DAVID R./POST DAVID G., *Cyberspace*, p. 1376 s. ; KESSEDJIAN CATHERINE, *Les échanges de données informatisées*, p. 28.

cette dernière peut être trompeuse¹²¹. Ainsi, une personne résidant en Allemagne peut sans autre posséder une adresse électronique auprès d'un fournisseur de services dont le nom de domaine comprend l'identifiant national « .ch »¹²². L'adresse électronique ne permet dès lors pas à une entreprise active sur Internet de connaître l'identité de ses clients, ainsi que leur localisation physique. Rien n'empêche de surcroît ceux-ci de cacher ou de mentir sur leur identité si la question de leur adresse postale leur est posée¹²³.

- 73 D'autres facteurs peuvent être envisagés afin de localiser une personne. Tel pourrait être le cas des données géographiques des cartes de crédit utilisées. Ce facteur n'est cependant pas entièrement relevant¹²⁴, dans la mesure où les cartes de crédit peuvent être attribuées à des individus résidant sur le territoire d'un autre pays.
- 74 Outre la localisation des utilisateurs, la localisation des événements que ceux-ci induisent est également complexe¹²⁵. Comment localiser un acte particulier dans un réseau par essence global ? La localisation de ces actes est une étape primordiale en vue de les réguler. C'est notamment le cas lorsqu'un acte délictueux est commis sur Internet : l'acte est-il réputé avoir été commis à l'endroit de sa mise en ligne ou à l'endroit où il a été accessible en ligne ? En effet, une multitude d'étapes se déroulent depuis la mise en ligne jusqu'au visionnage par les

¹²¹ « *The Internet is wholly insensitive to geographic distinctions. In almost every case, users of the Internet neither know nor care about the physical location of the Internet resources they access. Internet protocols were designed to ignore rather than document geographic location; while computers on the network do have 'addresses', they are logical addresses on the network rather than geographic addresses in real space. The majority of Internet addresses contain no geographic clues and, even where an Internet address provides such a clue, it may be misleading* », Arrêt *American Libraries*, p. 170.

¹²² L'ICANN a attribué à chaque pays un domaine de pays de premier niveau (« *country code Top Level Domain* » [ccTLD]) du type « .ch » pour la Suisse ou « .se » pour la Suède. Ces domaines sont gérés de façon souveraine par chaque pays. Parallèlement, les domaines génériques de premier niveau (« *generic Top Level Domain* » [gTLD]) du type « .swiss » ou « .edu » ou « .gov » sont, quant à eux, attribués par l'ICANN directement aux personnes morales qui respectent les conditions d'octroi fixées par ladite société. Voir à ce sujet ODI et OFCOM, Feuille d'information 2.

¹²³ FAWCETT JAMES J./TORREMANNS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.09, p. 536.

¹²⁴ *Contra* : BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 827, p. 465, qui, à propos des conflits de lois, prétend « qu'en bien des occasions les exploitants de sites savent parfaitement interroger leurs correspondants pour en recevoir des informations sensibles et très précises, ne serait-ce par exemple que le numéro d'une carte de crédit ».

¹²⁵ GINSBURG JANE C., *Réseaux numériques*, p. 10.

utilisateurs sur un écran. Toutes ces étapes contribuent à rendre la localisation de l'acte constitutif d'une infraction difficilement identifiable.

iii. La technologie au service de la localisation

- 75 S'il n'est pas toujours aisé de localiser certains éléments ou événements sur Internet, les échanges de données et d'informations peuvent néanmoins être contrôlés. Les activités sur Internet peuvent être contrôlées et régulées par les États, en particulier lorsque celles-ci contreviennent aux valeurs essentielles nationales¹²⁶.
- 76 Ce contrôle des activités en ligne résulte de l'avancée technologique des moyens de régulation des échanges de données. L'évolution technologique est à la mesure de la globalisation galopante. Le catalogue des moyens technologiques s'étend des mesures de géolocalisation, à la rétention de données (« *massive storage of data* »), en passant par les techniques de ciblage et de filtrage ainsi que de blocage de certaines données¹²⁷.
- 77 Certaines technologies ont ainsi été conçues pour cibler des zones géographiques. Ces mesures techniques de ciblage et de géolocalisation répondent en effet à un besoin grandissant pour les différents acteurs œuvrant sur Internet d'éviter certaines juridictions et/ou de limiter l'accès aux données à certains territoires¹²⁸. La localisation géographique peut se faire par le biais de l'adresse IP des utilisateurs, par la récolte de données les concernant ou encore par autodétermination¹²⁹. Selon SWANTESSON, même si les moyens de géolocalisation ne donnent pas de réponses totalement fiables, ils peuvent néanmoins être juridiquement pertinents¹³⁰. Nous verrons par la suite le rôle de ces technologies de localisation dans le cadre des litiges relatifs à la violation d'un droit de propriété intellectuelle en ligne.

¹²⁶ Voir par ex. à ce sujet l'arrêt *Yahoo !*, *infra* Chapitre troisième, V, D.

¹²⁷ Voir à ce sujet, ZEKOLL JOACHIM, p. 344 ss.

¹²⁸ Certains États ont également utilisé des nouvelles technologies pour réguler le flux d'information sur Internet. Pour des exemples, voir : JOHNSON DAVID R./POST DAVID G., *Cyberspace*, p. 1373 ss.

¹²⁹ REIDENBERG JOEL R., *Internet Jurisdiction*, p. 1962 ss.

¹³⁰ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Borders on, or border around*, p. 355 s. et les références citées.

b) *Accessibilité*

- 78 « *The Internet is an international network of interconnected computers (...) that (...) now enable[s] tens of millions of people to communicate with one another and to access vast amounts of information from around the world.* »¹³¹
- 79 Depuis l'essor d'Internet, toute personne souhaitant faire du commerce en ligne peut le faire depuis n'importe quel ordinateur, téléphone portable ou autre moyen de communication permettant une connexion à Internet. L'accès au contenu d'Internet est ainsi ouvert à toute personne, physique ou morale, de manière illimitée et cela à l'échelle de la planète entière¹³². La *United States District Court for the District of Massachusetts* relèvera ainsi que « [t]he Internet has no territorial boundaries. (...) as far as the Internet is concerned, not only is there perhaps 'no there there', the 'there' is everywhere where there is Internet access. »¹³³.
- 80 Internet se distingue dans ce sens des autres formes de sollicitations traditionnelles, telles que journaux, radios et télévisions, qui permettent une « diffusion territorialisée »¹³⁴. En effet, les contenus postés sur Internet « peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle »¹³⁵ et ne sont en principe pas limités dans le temps¹³⁶. Le caractère ubiquitaire de la diffusion de contenus en ligne complexifie davantage l'évaluation de l'ampleur de cette diffusion en lien avec un territoire particulier¹³⁷.

B. *Propriété intellectuelle et Internet*

- 81 En tant que moyen de communication, Internet n'était, de par sa nature, pas destiné à poser plus de problèmes liés à la propriété intellectuelle que d'autres moyens de communication, tels que la radio et le téléphone par exemple¹³⁸. La

¹³¹ Arrêt *Reno c. ACLU*, p. 850.

¹³² Comité économique et social, Avis Règlement Bruxelles I, n° 4.2.2, p. 9.

¹³³ Arrêt *Digital Equip. Corp.*, p. 462.

¹³⁴ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 45 s.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Voir à ce sujet arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 162.

¹³⁷ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 45 s.

¹³⁸ Selon MERGES ROBERT P., *One Hundred Years of Solicitude*, p. 2190, « (...) intellectual property law has generally adapted quite well to each successive wave of technological innovation ».

création du téléphone, notamment, n'a engendré que très peu de discussions à ce sujet. Il en va de même pour Internet qui, à l'origine, était utilisé comme moyen de publicité offrant une vitrine virtuelle à ses utilisateurs. Ceux-ci ont par la suite réalisé le potentiel et les ressources d'Internet en termes de commerce et ont ainsi modifié leurs habitudes en passant d'une utilisation passive à une utilisation active. Cette petite révolution dans le monde du commerce n'a épargné personne et a ébranlé la vision traditionnelle des droits de propriété intellectuelle. La globalisation des échanges a naturellement entraîné une augmentation des échanges de matériel protégé alors que la numérisation en a assuré un transfert efficient¹³⁹. La propriété intellectuelle s'est ainsi adaptée à ce nouveau terrain que représente Internet. Malheureusement, le droit peine à suivre le rythme effréné imprimé par les avancées technologiques.

1. Définition

- 82 La propriété intellectuelle n'a pas de définition figée. Elle dépend des sources qui la régissent et est en constante évolution.
- 83 Traditionnellement, les droits de propriété intellectuelle se classent en deux catégories fondamentales. D'un côté, on trouve les droits de propriété industrielle (marques, brevets, dessins et modèles, etc.) et, de l'autre, les droits de la propriété littéraire et artistique (droits d'auteur et droits voisins, etc.)¹⁴⁰. Les deux catégories de propriété intellectuelle, à savoir la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique, font l'objet de deux traités internationaux : la Convention de Paris et la Convention de Berne¹⁴¹. Ces deux traités représentent les piliers de la propriété intellectuelle.
- 84 En vertu de la Convention de Paris, la propriété industrielle « (...) a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale »¹⁴².
- 85 La Convention de Berne protège les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques, soit sur « (...) toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression

¹³⁹ OMPI, A Survey of Issues, p. 19.

¹⁴⁰ Voir not. MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 30.

¹⁴¹ Voir *infra* Chapitre premier, IV, B, 1, a).

¹⁴² Art. 1 al. 2 Convention de Paris.

(...) »¹⁴³. Sont ainsi protégés par le droit d’auteur, les « *novels, poems and plays, films, musical works, (...) drawings, paintings, photographs and sculptures, and architectural designs* »¹⁴⁴.

- 86 Quant aux droits voisins, ils regroupent les droits des artistes interprètes sur leur exécution, ceux des producteurs de phonogramme sur leur phonogramme, ainsi que les droits des organismes de radiodiffusion sur leurs émissions¹⁴⁵. Ils sont nommés « droits voisins » car, bien qu’en étant très proches du droit d’auteur, ils ne rentrent pas dans le champ de protection de ce dernier¹⁴⁶. « (...) [L]es droits voisins puisent leur origine dans l’évolution de la technologie »¹⁴⁷, technologie qui a permis à ces œuvres éphémères à la base de prolonger leur durée de vie. Les nouveaux moyens de communication et de diffusion, par le biais de signaux audio et vidéo, ont ainsi permis de leur offrir une large distribution¹⁴⁸.
- 87 En matière numérique, il convient de relever qu’il existe en outre un droit exclusif qui n’entre dans aucune des catégories des droits de propriété intellectuelle susmentionnées et qui est relevant pour la présente étude¹⁴⁹. Il s’agit d’un droit *sui generis* qui protège les producteurs de bases de données¹⁵⁰ et qui trouve ses

¹⁴³ Art. 2 al. 1 Convention de Berne.

¹⁴⁴ OMPI, World Intellectual Property Indicators, annexe A, p. 186.

¹⁴⁵ Art. 2 Convention de Rome.

¹⁴⁶ GOLDSTEIN PAUL/HUGENHOLTZ BERNT P., International Copyright, p. 233.

¹⁴⁷ OMPI, Guide de la Convention de Rome, p. 10.

¹⁴⁸ *Ibidem* ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 133.

¹⁴⁹ Par ex. dans l’arrêt *Football Dataco*, CJUE. Voir *infra* Chapitre troisième, II, D, 1.

¹⁵⁰ A l’échelon européen, les disparités relatives à la protection des bases de données entre les différents États membres a fait naître un besoin d’harmonisation (Considérants 2-4 de la Directive 96/9/CE). Celui-ci s’est traduit par l’adoption de la Directive 69/9/CE qui protège les bases de données, et ceci qu’elles aient un caractère innovateur ou non. Il suffit en effet que son auteur ait procédé à « un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif » pour être protégé (art. 7), le but premier de cette directive étant de supprimer les disparités entre États membres et de favoriser le développement d’un marché de l’information au sein de l’Union (Arrêt *Football Dataco*, CJUE, cons. 25). Aux termes de l’art. 1 al. 2 de la Directive 96/9/CE, une base de donnée peut être définie comme « un recueil d’œuvres, de données ou d’autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d’une autre manière ».

racines, en droit international, dans l'Accord ADPIC¹⁵¹ ainsi que dans le Traité WCT¹⁵².

- 88 Il n'existe que deux traités internationaux portant sur l'ensemble des droits de propriété intellectuelle sur la scène mondiale. Il s'agit de l'Accord ADPIC¹⁵³ et de l'ACTA¹⁵⁴, lequel ne sera pas examiné dans la présente étude dans la mesure où il n'est pas entré en vigueur. L'ADPIC est un des piliers de l'OMC qui représente le premier traité couvrant tant les droits de propriété industrielle que les droits de propriété littéraire et artistique. Il se base, en substance, sur la protection déjà existante sur la scène internationale dans les différentes matières. Il peut ainsi être considéré comme renforçant les Convention de Paris et de Berne¹⁵⁵.
- 89 La présente étude n'étant pas une étude de droit matériel, les divers droits composant la propriété intellectuelle ne font l'objet que de la brève description qui précède, laquelle n'est par définition pas exhaustive. Dans la suite de notre étude, nous nous concentrerons principalement sur les atteintes au droit des

¹⁵¹ L'art. 10 al. 2 ADPIC dispose que « [l]es compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes ». Au sujet de cet accord, voir *infra* Chapitre premier, IV, B, 1, b), i.

¹⁵² L'art. 5 WCT dispose que « [l]es compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation ». Au sujet de ce traité, voir *infra* Chapitre premier, IV, B, 1, a), iii.

¹⁵³ Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

¹⁵⁴ En marge des institutions et organismes internationaux, tels que l'OMPI ou l'OMC, se sont déroulées, de 2007 à 2010, des négociations informelles entre plusieurs grands États en vue de lutter contre la contrefaçon et le piratage notamment par le biais d'Internet. Ces négociations ont abouti à l'Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) ou Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC). Cet instrument est très décrié, car il est plus restrictif que tous les instruments en vigueur à l'heure actuelle. Il a en outre soulevé de nombreuses manifestations populaires. De nombreuses voix ont en effet relevé que les règles de l'ACTA engendrent des atteintes aux libertés fondamentales, raison pour laquelle notamment la Suisse a reporté la signature de ce traité. D'autres États ont même renoncé à signer ledit accord alors que les États-Unis, le Canada, l'Australie, le Japon, le Mexique, le Maroc, Singapour, la Nouvelle Zélande, ainsi que l'UE et certains de ses États membres l'ont déjà signé. L'Accord est notamment accessible sur : https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/acta_texte.pdf.

¹⁵⁵ Voir *infra* Chapitre premier, B, IV, 1, a), i et ii.

marques, des brevets, ainsi qu'au droit d'auteur¹⁵⁶. En effet, ces catégories de droits sont les principales cibles des atteintes commises sur Internet¹⁵⁷. À noter également que la répression de la concurrence déloyale fait souvent partie des instruments protégeant les droits de propriété intellectuelle¹⁵⁸. Les règles relatives à la concurrence déloyale ne seront approfondies, dans la suite de notre étude, que dans une mesure restreinte et à titre de comparaison avec les règles applicables en matière de propriété intellectuelle uniquement.

2. La propriété intellectuelle à l'ère du numérique

- 90 La migration de la propriété intellectuelle sur Internet, qui s'est effectuée très rapidement¹⁵⁹, a touché tous les domaines la composant, soit tant les droits d'auteur et les droits voisins que les droits de propriété industrielle.
- 91 En effet, certains droits de propriété intellectuelle tels que les droits d'auteur et les droits voisins s'adaptent particulièrement bien à l'environnement d'Internet. L'industrie de la musique et du film s'est déjà implantée dans cet environnement en proposant ses œuvres sur Internet¹⁶⁰. Ce domaine représente une énorme part du commerce électronique. Ainsi, le monde de la musique a été révolutionné par certains sites tels que Kazaa, Bit-Torrent et autres systèmes *peer to peer*¹⁶¹ qui permettent aux utilisateurs de partager et échanger des musiques ou des films directement d'un ordinateur à un autre¹⁶².

¹⁵⁶ En matière de droit d'auteur, deux traditions juridiques s'opposent : « les systèmes dits de droit d'auteur, en vigueur notamment dans les pays de l'Europe continentale, et ceux de 'copyright', que nous pouvons retrouver en Angleterre, aux États-Unis et dans les autres pays de 'common law' » (MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 31). Une des distinctions porte par exemple sur la nécessité de procéder à une certaine forme d'enregistrement en droit américain. En effet, toute action relative à la violation d'un droit d'auteur américain ne peut être intentée devant les tribunaux américains que lorsque ce droit a fait l'objet d'un enregistrement au sens du Copyright Act (titre 17 USC § 411 a). Cet « enregistrement » doit passer par un certificat d'enregistrement qui « *shall constitute prima facie evidence of the validity of the copyright* » (titre 17 USC § 410 c).

¹⁵⁷ Voir *infra* Chapitre premier, II, B, 3, b).

¹⁵⁸ Voir art. 10bis Convention de Paris et l'Accord ADPIC qui renvoie à cette disposition (par ex. à son art. 40 par. 1).

¹⁵⁹ OMPI, A Survey of Issues, p. 20 ss.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 20.

¹⁶¹ Le *peer to peer* (P2P) ou pair-à-pair est un système d'échange de fichiers. Il repose sur une plateforme qui conduit les utilisateurs qui cherchent un fichier particulier vers l'internaute qui le possède. Selon GOLLA ROMAIN V., E-commerce, p. 157, « [s]i les réseaux P2P ne sont pas illégaux en soit, ils ont été utilisés en grande partie pour télécharger des fichiers piratés (...) ».

¹⁶² Voir à ce sujet SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, Private International Law, p. 55 s.

- 92 De même, l'industrie du livre s'est considérablement développée sur Internet. Selon l'IPI, « [o]n peut dire sans exagération que le numérique a entraîné, et entraînera encore, des bouleversements dans le marché du livre et que ceux-ci marquent la plus grande révolution pour l'édition et la librairie depuis Gutenberg »¹⁶³. EBay est ainsi devenu la place virtuelle incontournable pour les enchères et Amazon a chamboulé la façon de percevoir le commerce.
- 93 La principale source d'information, notamment au niveau de l'actualité, est désormais sur Internet. On y retrouve en effet les principaux médias – dont les quotidiens de la presse écrite – qui mettent en ligne l'information de façon simultanée. En outre, les réseaux sociaux font légion et contribuent à une réadaptation de nos modes de vie.
- 94 « *Today, digitalization, 'Googlization', 'Wiki-', and the overall application of the enormous resources of cyberspace in the conduct of research has yielded an information explosion that not only compresses space, time and distance, but has made world a virtual library only as far away from the researcher as a click of the mouse* »¹⁶⁴.
- 95 L'accès de la propriété intellectuelle à l'environnement numérique a été permis grâce au processus de numérisation. C'est grâce à ce procédé qui permet notamment d'enregistrer et de stocker le matériel sous forme numérique, soit « sans support corporel »¹⁶⁵, que la propriété intellectuelle a affirmé sa présence sur Internet. De nouvelles formes d'exploitation, telles que le *streaming*¹⁶⁶ ou la vidéo à la demande (VOD) ont également fait leur apparition sur le marché en utilisant la technologie de numérisation. YouTube, principal ambassadeur de cette forme d'exploitation, compte plus d'un milliard d'utilisateurs, soit près d'un tiers des internautes dans le monde. Selon les propres statistiques de YouTube, chaque jour, plusieurs millions d'heures de vidéo seraient regardés¹⁶⁷. Les avancées technologiques sont de plus en constante amélioration, notamment au niveau de la technologie de compression, qui permet un transfert plus efficace des fichiers sur Internet. L'accès à Internet à haut débit contribue aussi au développement du phénomène¹⁶⁸.

¹⁶³ IPI, Rapport final AGUR12, p. 13.

¹⁶⁴ OGUAMANAM CHIDI, Intellectual Property in Global Governance, p. 48.

¹⁶⁵ GOLA ROMAIN V., E-commerce, p. 19.

¹⁶⁶ Le *streaming* est un système qui permet à l'utilisateur une lecture instantanée de fichiers audio ou vidéo, sans avoir à télécharger les données sur son ordinateur au préalable. GOLA ROMAIN V., E-commerce, p. 158.

¹⁶⁷ Données accessibles sur : <http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html>.

¹⁶⁸ Voir au sujet des objectifs relatifs à l'Internet à haut débit : ITU, Measuring the Information Society, p. 9.

- 96 La globalisation du commerce électronique et l'accessibilité quasi universelle des biens ont créé, initialement, une sorte de confusion chez les internautes. Ils ont en effet perçu Internet comme une zone de non droit, dans laquelle aucun contrôle n'était exercé et dans laquelle le matériel protégé était gratuit¹⁶⁹. Dans une certaine mesure, c'est le cas. Une partie du matériel mis à disposition sur Internet relève du domaine public et peut donc être utilisée sans limites. Pour une autre partie cependant, ce matériel est protégé par des droits de propriété intellectuelle¹⁷⁰. Cette première source de confusion est générée par les titulaires de droits (principalement les entreprises) eux-mêmes qui mettent à disposition du matériel protégé à titre gratuit, afin de créer une demande, pour ensuite proposer les mêmes produits de manière payante¹⁷¹.
- 97 Une deuxième source de confusion réside dans le droit lui-même. En effet, « (...) dans le domaine du numérique, les limites entre accès légal et accès illégal, entre utilisations licites et utilisations illicites sont de plus en plus floues pour les consommateurs. Les mesures techniques telles que les protections anticopies, empêchent les consommateurs d'utiliser des contenus protégés, alors même qu'il s'agit d'utilisations licites »¹⁷². Ce phénomène est de surcroît accentué par le manque de connaissances des internautes en ce qui concerne les technologies numériques et le caractère illicite de certaines actions¹⁷³. Peu d'internautes sont par exemple conscients qu'en utilisant des systèmes *peer to peer* pour télécharger leur fichier, ils mettent également à disposition d'autres utilisateurs ledit fichier¹⁷⁴. Il n'est ainsi pas étonnant que le téléchargement illégal soit si répandu. Au Royaume-Uni, par exemple, « [d]ownloading music and films from the Internet is now the most common legal offence committed by young people aged between 10 and 25 (...) »¹⁷⁵. En Suisse, on considère que près d'une personne sur trois (de plus de 15 ans) a déjà téléchargé gratuitement des œuvres protégées¹⁷⁶. Cette situation préoccupante est de surcroît exacerbée par l'« altruisme

¹⁶⁹ OMPI, A Survey of Issues, p. 24. Selon DESSEMONNET FRANÇOIS, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, p. 288 s., ce caractère a-juridique pourrait être expliqué d'un point de vue historique. Internet ayant été initialement conçu en tant que moyen de communication par courrier électronique, il a conservé sa nature anonyme. La liberté d'information est en conséquence une valeur essentielle, valeur qui devrait l'emporter sur le respect des droits d'auteur par exemple.

¹⁷⁰ OMPI, A Survey of Issues, p. 23 s.

¹⁷¹ *Idem*, p. 24.

¹⁷² CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3269.

¹⁷³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 8.

¹⁷⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport en réponse au postulat Savary, p. 12 s.

¹⁷⁵ SEVILLE CATHERINE, PEER-TO-PEER FILE SHARING, p. 171.

¹⁷⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 9.

numérique »¹⁷⁷, tel que prôné par Wikipédia par exemple, qui contribue à cette méconnaissance des droits sur Internet¹⁷⁸.

- 98 De manière générale, Internet semble avoir une mauvaise influence sur les internautes, qui s'écartent des règles élémentaires de prudence dont ils font preuve dans le monde réel, entraînant de la sorte une hausse des délits en ligne¹⁷⁹. Cela s'explique notamment par le fait que l'auteur d'une atteinte potentielle « n'a pas en face de lui une personne mais une machine et un réseau, perdant ainsi le sentiment naturel de l'illicéité (...) »¹⁸⁰.

3. Atteintes à un droit de propriété intellectuelle

- 99 À la mesure de leur présence sur les réseaux, les droits de propriété intellectuelle sont particulièrement menacés par les atteintes illicites¹⁸¹. L'intensification du commerce international ainsi que l'émergence de nouveaux marchés ont en effet contribué à l'expansion des contrefaçons¹⁸². C'est toutefois la révolution technologique qui représente l'élément déclencheur de la distribution à grande échelle des produits contrefaits¹⁸³. Les différents acteurs ont en effet eu à leur disposition les moyens techniques pour produire des copies de bonne qualité et ont ensuite, par le biais d'Internet, eu accès à un marché qui ne connaît pas de frontières.

a) *Notion de contrefaçon*

- 100 La fonction première des règles en matière de droit de propriété intellectuelle est de protéger les titulaires contre une utilisation injustifiée de leur droit par des tiers. Ces règles protègent ainsi les ayants droit contre les actes de contrefaçon et de piraterie qui portent atteinte à leur droit de propriété intellectuelle¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Par « altruisme numérique », on entend la mise à disposition de son savoir en ligne sans exiger de contrepartie. Voir à ce sujet, CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 9.

¹⁷⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 9.

¹⁷⁹ BURNSTEIN MATTHEW, A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, p. 26.

¹⁸⁰ SALVADÉ VINCENT, Contrefaçon, p. 105.

¹⁸¹ BÉNÉDICT JÉRÔME, Prestataires techniques sur Internet, p. 16.

¹⁸² OCDE, Les incidences économiques de la contrefaçon, p. 31.

¹⁸³ AUBERT CAROLE/STAUFFER VINCENT, Lutte contre la contrefaçon sur Internet, p. 29 ss.

¹⁸⁴ À noter toutefois que pour qu'une atteinte puisse être considérée comme une contrefaçon, il faut que l'usage du droit de propriété intellectuelle soit fait dans le cadre de la vie des affaires. En effet, le titulaire d'une marque par exemple ne peut invoquer son droit exclusif qu'envers des opérateurs économiques, c'est-à-dire que l'usage contrevenant au droit de la marque doit avoir

- 101 Il n'existe pas de définition de la contrefaçon ni de la piraterie sur la scène internationale. En principe, la contrefaçon s'entend de l'atteinte à un droit de propriété industrielle et la piraterie (ou le piratage) d'une atteinte à un droit de propriété littéraire et artistique.
- 102 A titre d'exemple, on peut citer l'accord ADPIC aux termes duquel « a) l'expression 'marchandises de marque contrefaites' s'entend de toutes les marchandises, y compris leur emballage, portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce, et qui de ce fait porte atteinte aux droits du titulaire de la marque en question en vertu de la législation du pays d'importation ; b) l'expression 'marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur' s'entend de toutes les copies faites sans le consentement du détenteur du droit ou d'une personne dûment autorisée par lui dans le pays de production et qui sont faites directement ou indirectement à partir d'un article dans les cas où la réalisation de ces copies aurait constitué une atteinte au droit d'auteur ou à un droit connexe en vertu de la législation du pays d'importation »¹⁸⁵.
- 103 Pour les besoins de la présente étude, ainsi que par mesure de simplification, nous utiliserons en principe le terme « contrefaçon » dans sa conception générale, englobant ainsi tant les actes de piratage que les actes de contrefaçon. La notion de piraterie ne sera ainsi utilisée que lorsqu'il y a lieu de distinguer le type d'atteinte.

b) Formes d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle en ligne

- 104 Dans une étude menée par CHRISTIE de l'Université de Melbourne et relative aux atteintes transfrontalières aux droits de propriété intellectuelle en ligne, les litiges

lieu dans la vie des affaires (voir par ex. art. 10 § 2 Directive (UE) 2015/2436 pour le droit européen). Le titulaire d'une marque ne peut, par exemple, pas opposer son droit exclusif à une personne physique utilisant son signe sur sa page Web, à moins que cette personne fasse de l'utilisation de son site Internet un usage qui dépasse une activité privée, notamment par son volume, sa fréquence ou par d'autres critères (arrêt *L'Oréal SA*, CJUE, cons. 54 ss). Le fait de savoir s'il y a contrefaçon est toutefois une question relevant du droit matériel, qui sera examinée dans un stade ultérieur du procès, au stade de l'examen au fond. Cette question ne sera ainsi pas approfondie dans le cadre de la présente étude.

¹⁸⁵ Art. 51 Accord ADPIC, note de bas de page 14.

y relatifs ont été catégorisés en fonction de leurs caractéristiques¹⁸⁶. Cette étude portait sur 56 cas d'atteintes transfrontalières, émanant de 19 juridictions.

- 105 L'étude a permis de mettre en exergue que les atteintes au droit des marques sont les plus courantes (elles ont été invoquées dans 26 des cas étudiés). En deuxième position se trouvent les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins (ils ont été invoqués dans 21 des cas étudiés). Finalement, en fin de peloton se trouvent les atteintes au droit des brevets qui ne représentent que 2 cas sur les 56 étudiés¹⁸⁷.

i. Atteintes au droit des marques

- 106 La marque se définit comme un signe permettant d'individualiser les produits ou les services d'une entreprise et propre à distinguer ces prestations de celles d'autres entreprises¹⁸⁸. Cette notion se retrouve tant au niveau national que sur le plan régional ou international¹⁸⁹.
- 107 Selon l'étude de CHRISTIE, les atteintes au droit des marques seraient les cas les plus récurrents sur la scène internationale. Parmi ces atteintes, on trouve en premier lieu les atteintes commises par l'utilisation d'un signe distinctif sur Internet¹⁹⁰. L'utilisation d'un signe distinctif sur un site Internet est en effet l'exemple typique d'une atteinte au droit des marques (a).
- 108 En parallèle à l'utilisation d'un signe distinctif sur Internet, on trouve un autre type d'atteinte au droit des marques. Il s'agit du cas particulier de l'atteinte commise par l'utilisation d'une marque comme nom de domaine¹⁹¹. C'est la preuve de l'ampleur du phénomène qui est d'ailleurs encore amené à s'intensifier dans un avenir proche (b). Nous examinerons finalement d'autres types d'atteintes au droit des marques, qui se produisent également couramment sur Internet, tel que le *keyword advertising* (c).

¹⁸⁶ CHRISTIE ANDREW F., Cross-border Online IP Infringement Disputes, slides 1 ss. Cette étude a été présentée en janvier 2015 dans le cadre d'un séminaire organisé par l'OMPI et l'ILA sur le thème de la propriété intellectuelle et le droit international privé.

¹⁸⁷ CHRISTIE ANDREW F., Cross-border Online IP Infringement Disputes, slide 4. Parmi les autres types d'atteintes invoquées se trouvent des actes illicites de portée générale, comme par exemple les atteintes à la concurrence déloyale.

¹⁸⁸ Voir par ex., art. 1 al. 1 LPM.

¹⁸⁹ GILLIÉRON PHILIPPE, Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques, p. 4.

¹⁹⁰ CHRISTIE ANDREW F., Cross-border Online IP Infringement Disputes, slide 5.

¹⁹¹ *Ibidem*.

(a) *Signes distinctifs*

- 109 Les atteintes relatives à l'utilisation de signes distinctifs sont particulièrement nombreuses en raison de l'importance de leur rôle sur Internet. « La marque joue le rôle de l'enseigne de jadis »¹⁹².
- 110 L'affaire *Cristal* offre un exemple d'atteinte à une marque sur Internet. Dans cette affaire deux sociétés – espagnole et française – détenaient légitimement, dans leur pays respectif, une marque, « cristal », désignant du vin mousseux. Le litige est né de la publicité faite par la société espagnole sur son site Internet pour son vin mousseux cristal¹⁹³.
- 111 Dans le même registre, on peut mentionner l'affaire *Toys « R » Us*. Dans cette affaire, une société espagnole avait enregistré la marque « Imaginarium », marque qui avait également été enregistrée sous l'exacte et même dénomination par une autre société aux États-Unis. Lorsque les sociétés américaine et espagnole ont étendu leur présence sur Internet, les deux marques identiques se sont retrouvées en compétition¹⁹⁴.
- 112 Les contrefaçons sur Internet sont protéiformes. Outre le cas classique de l'utilisation d'un signe distinctif sur Internet, il existe d'autres types d'atteintes au droit des marques, spécifiquement liées à l'environnement numérique, comme nous allons le voir ci-dessous.

(b) *Noms de domaine*

- 113 L'enregistrement du nom de domaine ne donne pas les mêmes droits que ceux conférés par les marques. Les titulaires ne bénéficient en effet pas d'un droit exclusif leur permettant d'en interdire l'usage à des tiers. Par contre, l'enregistrement d'un nom de domaine peut porter atteinte au droit des marques d'autres titulaires¹⁹⁵.

¹⁹² DESSEMONTE FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 58.

¹⁹³ Arrêt *Cristal*, C. cass., p., étudié Chapitre troisième, II C, 2, a), i, (a). En l'occurrence, la société française avait ouvert action en contrefaçon de sa marque contre la société espagnole.

¹⁹⁴ Arrêt *Toys « R » Us*, voir *infra* Chapitre troisième, I, D, 1, h).

¹⁹⁵ BONDALLAZ STÉPHANE, Noms de domaine Internet, p. 269. Il est toutefois important de relever que la qualification de ce type d'atteinte diffère selon les États. Dans certains États, comme en Allemagne, par exemple, la problématique liée à l'utilisation des noms de domaine relève du droit au nom et plus généralement du droit de la personnalité, alors que dans d'autres États, comme en Suisse et aux États-Unis, par exemple, la problématique relève du droit des marques. Voir à ce sujet MANKOWSKI PETER, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, p. 276 ss.

(1) Introduction

- 114 En vue de se démarquer sur Internet, les sites utilisent des noms de domaine qui leur permettent une spécification et une identification, soit une adresse sur Internet¹⁹⁶. Si la fonction d'un nom de domaine est similaire à celle d'une adresse, l'objectif du nom de domaine s'en écarte quelque peu. En principe, les noms de domaine définissent, ou à tout le moins renseignent sur l'activité déployée par le site Internet. En ceci, ils s'apparentent plus, de par leur objectif, à des marques qu'à des adresses postales¹⁹⁷.
- 115 Les titulaires de marques sont légitimés à utiliser leur marque en tant que nom de domaine pour proposer leurs produits sur Internet ou pour en faire de la publicité¹⁹⁸. Ce droit exclusif dont bénéficient les titulaires de marques implique, comme corollaire, le droit de s'opposer à cette même utilisation par un tiers¹⁹⁹.
- 116 L'utilisation d'un nom de domaine ne se fait ainsi pas sans risques. En effet, les noms de domaine sont des objets très convoités qui engendrent des tensions lorsqu'ils entrent en conflit, volontairement ou involontairement, avec les droits exclusifs de tiers relatifs à une marque²⁰⁰.
- 117 Avec la libéralisation des noms de domaine génériques de premier niveau, il est à craindre que ce type de litiges ne cesse de croître²⁰¹.

(2) Cybersquattage

- 118 Le « cybersquattage » (« *cybersquatting* ») est une forme d'atteinte par le biais des noms de domaine en pleine expansion qui inquiète particulièrement les titulaires de marques²⁰². Ce phénomène, en pleine expansion, consiste en l'enregistrement d'un nom de domaine correspondant à une marque. C'est la

¹⁹⁶ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.38, p. 546 s. Au sujet des noms de domaine, voir *supra* Chapitre premier, II, A, 2, a), II, (b).

¹⁹⁷ TISSOT NATHALIE, *Dénominations utilisées sur Internet*, p. 745.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 753.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ ALBERINI ALAIN/GUILLET KEVIN, *Litiges en matière de noms de domaine*, p. 305.

²⁰¹ *Idem*, p. 305 s.

²⁰² OMPI, *A Survey of Issues*, p. 42. À noter toutefois que les noms de domaine ne constituent pas des droits de propriété intellectuelle mais peuvent, selon les circonstances, violer de tels droits, notamment par l'usage de signes distinctifs protégés. Voir à ce sujet, DUCOR PHILIPPE, *Commentaire romand*, ad art. 109-111 LDIP, n° 50 s., p. 902 s.

raison pour laquelle ce type de cybersquattage est également appelé « *domaingrabbing* » ou « *domain name grabbing* »²⁰³.

- 119 Parmi les formes de cybersquattage, on dénombre également le « typosquattage » (« *typosquatting* ») qui implique l'enregistrement d'un nom de domaine d'une marque connue en incluant volontairement une faute de frappe ou d'orthographe (par ex : « *postfinane.ch* » ou « *nowartis.ch* »)²⁰⁴ afin de tromper les internautes et les amener à consulter un site Internet concurrent²⁰⁵. A mi-chemin entre le droit de la concurrence déloyale, le droit au nom et le droit des marques, ces différents types de *cybersquatting* peuvent constituer, en fonction du droit applicable²⁰⁶, des atteintes au droit des marques dans la mesure où ils entraînent un risque de confusion avec le signe distinctif protégé par la marque²⁰⁷.

(c) *Autres types d'atteintes*

- 120 Parallèlement au cybersquattage, d'autres modèles publicitaires en ligne peuvent potentiellement contrevenir au droit des marques. On peut notamment citer l'utilisation d'une marque en tant que *meta-tag*²⁰⁸ ; le *pop-up advertising*²⁰⁹ ; le *mousetrapping*²¹⁰, ainsi que le *keyword advertising*. Une analyse de ces différents

²⁰³ CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 121 ; WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, « *postfinane.ch* » – Typosquatting am Scheideweg ?, p. 67 s., et note de bas de page 5. Voir également l'arrêt du *Handelsgericht des Kantons Zurich* du 3 octobre 2012, cons. 2.4.2.

²⁰⁴ Exemples cités par WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, « *postfinane.ch* » – Typosquatting am Scheideweg ?, p. 67 ss.

²⁰⁵ Pour une analyse détaillée de ces exemples, voir WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, « *postfinane.ch* » – Typosquatting am Scheideweg ?, p. 69 ss.

²⁰⁶ En droit suisse, par exemple, l'utilisation doit en principe être relative à des produits ou des services identiques ou similaires à ceux protégés par la marque (art. 3 et 13 LPM). Voir à ce sujet CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 122.

²⁰⁷ Voir à ce sujet, WEBER ROLF H./OERTLY DOMINIC, « *postfinane.ch* » – Typosquatting am Scheideweg ?, p. 67 ss.

²⁰⁸ « Les 'meta-tags' constituent des mots clés insérés dans le code 'HTML' d'une page web, en sus de la dénomination du site, qui permettent au titulaire du nom de domaine visé de décrire le contenu de son site pour permettre au moteur de recherche de la sélectionner lorsque le mot-clé répond à celui recherché ». Définition donnée par GILLIÉRON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et Internet, p. 193, note de bas de page 536. Pour une étude approfondie et exemplative des *meta-tags* en droit européen et en droit suisse, voir not. GILLIÉRON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et Internet, p. 194 ss, et les références citées ; OMPI, A Survey of Issues, p. 43 s.

²⁰⁹ Ce modèle de publicité utilise l'apparition de fenêtres flottantes qui redirigent l'internaute vers un autre site Internet si celui-ci clique sur lesdites fenêtres. Voir à ce sujet GILLIÉRON PHILIPPE, Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques, p. 3 ss.

²¹⁰ « 'Mousetrapping' is an aggressive marketing technique that forces users to remain on a specific website, sometimes while disabling their browser functions or flooding them with pop-up ads.

modèles dépasserait le cadre de la présente étude²¹¹, de sorte qu'ils ne seront pas développés dans le présent chapitre. Le dernier modèle publicitaire énuméré, à savoir le *keyword advertising*, mérite toutefois une (très) brève introduction dans la mesure où il fera l'objet d'un arrêt de principe, développé par la suite²¹².

- 121 Le *keyword advertising* constitue une forme de publicité par liens sponsorisés²¹³. Les moteurs de recherche vendent les mots-clés aux annonceurs désireux de voir apparaître leur annonce publicitaire lorsqu'un internaute entre ces mots-clés dans le moteur de recherche²¹⁴. Le système le plus célèbre, le plus lucratif et le plus utilisé est celui mis en place par Google, appelé Google AdWords²¹⁵. Grâce à ce service, les liens des annonceurs apparaissent ainsi de manière distincte des résultats « naturels »²¹⁶ lorsque la recherche par mots-clés est effectuée par l'internaute²¹⁷. La situation conflictuelle intervient lorsque les annonceurs utilisent un signe identique à une marque en tant que mot-clé.
- 122 Ce système est illustré dans l'arrêt *Interflora*. La société américaine Interflora exploite un réseau mondial de livraison de fleurs, notamment par le biais d'un site Internet. La marque « Interflora » est enregistrée au Royaume-Uni où elle jouissait d'une renommée importante²¹⁸. Marks & Spencer, une société de droit anglais qui était notamment active dans la vente et la livraison de fleurs, a sélectionné une déclinaison de mots-clés contenant le mot « Inter Flora » dans le service de référencement AdWords de Google. Les internautes qui entraient le mot « Interflora » dans le moteur de recherche Google voyaient ainsi apparaître dans les liens commerciaux l'annonce de la société Marks & Spencer²¹⁹. La réaction d'Interflora ne s'est pas fait attendre : elle a ouvert action contre Marks

Whenever the user tries to leave the site by using the 'back', 'forward' or 'close' buttons, a new window is automatically opened that prevents the browser from leaving the site », OMPI, A Survey of Issues, p. 44. En général, les personnes utilisant ce modèle enregistrent des noms de domaine similaires à certaines marques pour ensuite maintenir les internautes sur leur site.

²¹¹ Nous renvoyons ainsi à OMPI, A Survey of Issues, p. 43 ss.

²¹² Voir arrêt *Wintersteiger*, CJUE, *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii, (a).

²¹³ JACCARD MICHEL/HOANG LÊ-BINH, Internet, médias sociaux, applications, p. 139.

²¹⁴ OMPI, A Survey of Issues, p. 44.

²¹⁵ GILLIÉRON PHILIPPE, Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques, p. 3 ; RIVARA IRÈNE, Keyword advertising, p. 1546 ss.

²¹⁶ Les résultats « naturels » sont ceux qui correspondent le mieux au mot-clé. Ils s'affichent par ordre décroissant de pertinence. Voir arrêt *Interflora*, CJUE, cons. 9.

²¹⁷ Les liens apparaissent soit dans une colonne à droite, soit en première ligne, avant les autres résultats non sponsorisés. Voir à ce sujet RIVARA IRÈNE, Keyword advertising, p. 1548.

²¹⁸ Arrêt *Interflora*, CJUE, cons. 16.

²¹⁹ *Idem*, cons. 14 ss.

& Spencer pour violation de sa marque par l'usage de signes identiques en tant que mots-clés²²⁰.

- 123 Le risque de confusion engendré par le recours au service de référencement peut ainsi entraîner, selon le droit applicable et les circonstances du cas d'espèce, une atteinte au droit des marques. A tout le moins, l'utilisation de signes identiques à une marque en tant que mots-clés crée une tension entre les annonceurs et les titulaires de marques qui aboutit souvent à une action en justice.

ii. Atteintes au droit d'auteur

- 124 Les atteintes au droit d'auteur sont des atteintes très fréquentes sur Internet. Les possibilités de stockage ou de *streaming* ont en effet engendré une augmentation des offres liées à des œuvres piratées disponibles en ligne²²¹.
- 125 Selon certains auteurs, les violations relatives aux droits d'auteurs en ligne sont même classées comme les plus récurrentes²²². Selon l'étude menée par CHRISTIE de l'Université de Melbourne, ce type d'atteintes talonne toutefois de près les atteintes aux marques en représentant 21 des 56 cas identifiés²²³. Dans la majorité des cas, les litiges sont issus de la mise à disposition sur Internet de contenus protégés par un droit d'auteur²²⁴.
- 126 Outre le cas classique des sites de partage illicite de fichiers musicaux, de films ou de jeux vidéo et de l'utilisation des systèmes *peer-to-peer* ou *VOD*, on dénombre une multitude d'atteintes aux droits d'auteur sur les réseaux sociaux²²⁵. un litige relatif à la violation d'un droit d'auteur pourrait de surcroît naître, par exemple, dans l'hypothèse où un chanteur français constaterait qu'une société autrichienne reproduisait sans son consentement ses chansons sur CD, lesquels seraient ensuite proposés à la vente sur Internet²²⁶.

²²⁰ La Cour de justice européenne a renvoyé l'affaire à l'autorité anglaise inférieure. La *England and Wales High Court of Justice* a finalement conclu que Marks & Spencer avait effectivement porté atteinte à la marque d'Interflora. Voir l'arrêt *Interflora*, EWHC, cons. 318.

²²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 8.

²²² FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.40, p. 547, et les références citées.

²²³ CHRISTIE ANDREW F., *Cross-border Online IP Infringement Disputes*, slide 4.

²²⁴ *Idem*, slide 5.

²²⁵ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.04, p. 534 s.

²²⁶ Exemple tiré de l'arrêt *Pinckney*, CJUE, étudié *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii, (b).

- 127 Une atteinte au droit d'auteur pourrait également être alléguée lorsqu'une société allemande publie sur son site Internet des photographies d'une citoyenne autrichienne sans l'accord de celle-ci²²⁷.
- 128 Il en va toutefois différemment des hyperliens. La Cour de justice européenne a récemment considéré que celui qui place un hyperlien sur son site Internet, dirigeant ainsi l'internaute qui clique dessus vers un autre site Internet qui contient des œuvres protégées par un droit d'auteur publiées et librement accessibles par les internautes, ne se rend pas lui-même coupable d'atteinte au droit d'auteur²²⁸.

iii. Atteintes au droit des brevets

- 129 Les atteintes aux brevets commises sur Internet sont moins fréquentes que celles relatives aux autres droits qui composent la propriété intellectuelle²²⁹. Dans l'étude de CHRISTIE, la proportion d'atteintes aux brevets sur Internet est de 2 sur 56²³⁰. Les 2 cas cités concernent des offres sur Internet de biens protégés par des brevets²³¹.
- 130 De manière générale, « un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle »²³².
- 131 A titre d'exemple de violation de brevet, on peut citer le cas dans lequel une société a breveté un système de jeu informatique en Angleterre, lequel est violé par une autre société qui possède un système concurrent et qui fournit des logiciels sur Internet aux internautes du Royaume-Uni, logiciels permettant d'utiliser le système concurrent²³³.

²²⁷ Exemple tiré de l'arrêt *Hejduk*, CJUE, étudié *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii, (c).

²²⁸ Arrêt *Svensson*, CJUE, cons. 24 ss. En effet, si l'hyperlien peut constituer une « mise à disposition », et de la sorte « un acte de communication » au sens de la Directive 2001/29/CE, il ne remplit pas la condition de la « communication au public » dans la mesure où le public n'est pas un « public nouveau ». L'avocat général MELCHIOR WATHELET a confirmé lesdites conclusions dans une affaire postérieure, l'affaire *GS Media BV*, CJUE, cons. 48 ss.

²²⁹ DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 59 ; HYE-KNUDSEN REBEKKA, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen, p. 79 et les références citées.

²³⁰ CHRISTIE ANDREW F., Cross-border Online IP Infringement Disputes, slide 5.

²³¹ *Idem*, slide 5.

²³² Art. 27 al. 1 ADPIC.

²³³ Exemple cité par FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 10.43, p. 548 et les références citées.

- 132 Un litige relatif à la violation d'un brevet pourrait également concerner, par exemple, une société suédoise qui possède une filiale en Pennsylvanie, aux États-Unis. Celle-ci a déposé un brevet sur des produits de soin et de traitement des plaies. Parallèlement, une société canadienne fait de la publicité, offre et distribue des produits similaires par son site Internet aux citoyens américains. La société suédoise peut être tentée d'ouvrir action en contrefaçon contre la société canadienne en vue de faire cesser l'atteinte²³⁴.
- 133 Il en irait de même d'une société allemande qui produirait à l'étranger des produits contenant un matériel breveté en Suisse par une société suisse et qui importerait ensuite en Suisse lesdits produits par le biais de son site Internet²³⁵.

iv. Vente de produits contrefaits ou piratés

- 134 La contrefaçon sur Internet peut également signifier la vente de produits contrefaits ou piratés sur Internet. Dans ces circonstances, les sites Internet sont créés en vue de proposer et de faire de la publicité pour des produits contrefaits. Les commandes sont passées sur le site Internet mais sont ensuite livrées, cas échéant, par les moyens traditionnels²³⁶.
- 135 La vente de produits contrefaits sur Internet peut toucher tant les marques que les droits d'auteur et les brevets. Nous avons vu ci-dessus des exemples concernant ces différentes catégories. Pour reprendre succinctement certains de ces exemples, on peut citer l'offre à la vente de CD d'un chanteur, dont les chansons sont reproduites sans son consentement²³⁷, ou alors la vente en ligne de produits de traitement des plaies – produits étant similaires à ceux brevetés aux États-Unis – par une société canadienne aux citoyens américains²³⁸.
- 136 La vente de produits contrefaits est un type d'atteinte particulièrement récurrent sur les sites de ventes aux enchères. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut, par exemple, constater que ses produits sont proposés sur un site de vente aux enchères de type de celui mis en place par eBay²³⁹.

²³⁴ Exemple tiré de l'arrêt *Molnlycke Health Care*, étudié *infra* Chapitre troisième, I, D, 1, f).

²³⁵ Exemple inspiré de l'ATF 129 III 25. Cet arrêt ne concernait toutefois pas une importation par le biais d'un site Internet, mais par les canaux traditionnels.

²³⁶ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.142, p. 574 ss.

²³⁷ Exemple tiré de l'arrêt *Pinckney*, CJUE, étudié *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii, (b).

²³⁸ Exemple tiré de l'arrêt *Molnlycke Health Care*, étudié *infra* Chapitre troisième, I, D, 1, f).

²³⁹ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.142, p. 574 s.

- 137 Comme nous le verrons par la suite, les règles de droit international privé applicables à la vente de produits contrefaits sont identiques à celles applicables aux autres formes d'atteintes citées ci-dessus²⁴⁰. En conséquence, les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises sur Internet – soit l'utilisation sur un site Internet d'un signe identique à une marque par exemple – et les atteintes commises par le biais d'Internet – soit l'offre sur Internet de produits contrefaits – seront traitées indistinctement et de manière identique dans la présente étude. La dénomination d'« atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet » comprendra ainsi toutes les formes d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle susmentionnées.

4. Moyens de protection

- 138 Eu égard au risque auquel font face les titulaires de droits de propriété intellectuelle d'être atteints dans leurs droits et face à l'ampleur et à la rapidité de la diffusion que permet Internet, la meilleure protection serait de protéger leurs droits en amont. A défaut, les titulaires de droits de propriété intellectuelle n'ont pas d'autre choix que de protéger leurs droits en aval, en les faisant valoir dans le cadre d'une action en justice.

a) *Protection des droits en amont*

- 139 Malheureusement pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle, il n'existe à ce jour aucune protection absolue contre la contrefaçon. Certains acteurs du Web se sont tournés vers la technologie puisque c'est justement par ce biais que la contrefaçon s'est globalisée. Plusieurs techniques de protection existent ; il en va ainsi « des techniques d'impression, simples et d'un bon rapport coût-efficacité, aux technologies optiques en passant par la biotechnologie, la chimie et l'électronique »²⁴¹. Pour lutter contre la copie numérique illicite, par exemple, il existe ainsi le tatouage ou le scellé numérique, qui constitue « (...) la carte d'identité de l'œuvre, contenant toutes les données se rapportant à l'œuvre. L'utilisateur peut accéder à ces données sur le site créé à cet effet et prendre ainsi

²⁴⁰ Voir *infra* Chapitre troisième. Voir également dans ce sens FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.143 ss, p. 574 ss.

²⁴¹ OCDE, *Les incidences économiques de la contrefaçon*, p. 37. Pour un aperçu plus fouillé des procédés tels que l'optique (hologramme), l'électronique (cryptage électronique) ou encore des procédés biotechnologiques et chimiques, voir OCDE, *Les incidences économiques de la contrefaçon*, p. 37-39.

connaissance des revendications et des conditions particulières de l'auteur »²⁴². Des dispositifs anti-copie ont également été mis en œuvre. Ceux-ci permettent de limiter les copies et les transferts de fichiers²⁴³.

- 140 Si une combinaison de plusieurs procédés de protection peut s'avérer plus sûre, malheureusement aucun logiciel, certificat d'authenticité ou autre produit n'est en mesure de garantir une protection absolue. De surcroît, certaines mesures techniques peuvent entraîner de lourdes conséquences pour l'utilisateur peu scrupuleux. Certains dispositifs vont même jusqu'à engendrer le blocage de l'ordinateur. Il en va ainsi du système Key2audio qui « comporte ainsi une bombe logique, petit programme informatique, qui entraîne un 'bug' en cas de tentative de lecture sur l'ordinateur »²⁴⁴.

b) Protection des droits de propriété intellectuelle en justice

- 141 Lorsque les mesures proactives ne sont pas suffisantes, les titulaires de droits de propriété intellectuelle doivent faire valoir leurs droits en justice. Ils peuvent se retourner contre les intermédiaires (i) ou contre le contrefacteur (l'opérateur ou le fournisseur de contenu) lui-même (ii).

i. Les intermédiaires

- 142 La position des intermédiaires sur Internet est une position particulière due à la nature de la toile. Ils sont en général en première ligne lorsqu'il s'agit de violations de droits de propriété intellectuelle en ligne et sont de surcroît aisément identifiables. Il est ainsi tentant d'ouvrir action contre un intermédiaire connu et ayant plus de chances d'être solvable que d'entreprendre de longues et potentiellement infructueuses démarches pour retrouver des particuliers contre lesquels les chances d'obtenir gain de cause sont réduites²⁴⁵.

²⁴² FÉRAL-SCHUHL CHRISTIANE, *Cyberdroit*, n° 75.11, p. 507.

²⁴³ *Idem*, n° 75.12, p. 507 et n° 75.31 ss, p. 511, pour le débat sur l'admissibilité des mesures anti-copies.

²⁴⁴ FÉRAL-SCHUHL CHRISTIANE, *Cyberdroit*, n° 75.12, p. 508.

²⁴⁵ DUTOIT BERNARD, *Commentaire LDIP*, ad art. 110 LDIP, n° 6, p. 465 ; FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.35, p. 545 ; KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, *Ubiquitous copyright infringements*, p. 7.

(a) *Mesures de blocage et de filtrage*

- 143 Les intermédiaires ont un pouvoir important, car ils peuvent, de manière volontaire ou sur décision, bloquer ou filtrer les contenus accessibles sur Internet. Au vu de l'urgence de la situation dans laquelle se trouvent les titulaires de droits de propriété intellectuelle, de nombreux États ont en effet légiféré en ce sens²⁴⁶ afin de permettre, notamment, la mise en œuvre de certaines mesures de protection de lutte contre les contrefaçons sur Internet. Ces mesures sont étroitement liées à la responsabilité des fournisseurs de services, puisque, selon la loi applicable, ils peuvent s'exonérer de toute responsabilité s'ils respectent les mesures édictées par les États²⁴⁷.
- 144 De manière générale, les mesures de blocage et de filtrage doivent être considérées en *ultima ratio*, lorsque le système d'autorégulation des fournisseurs de services ne permet pas ou plus une prévention suffisante des atteintes aux divers droits de propriété intellectuelle en ligne²⁴⁸. Les mesures de blocage doivent respecter le principe de proportionnalité afin d'éviter notamment le blocage de contenus licites (« *overblocking* »).
- 145 Saisie d'une question préjudicielle introduite par l'*Oberster Gerichtshof* d'Autriche sur la licéité de telles mesures, la Cour de justice européenne s'est livrée à la délicate balance des intérêts entre, d'un côté, la protection des titulaires de droits de propriété intellectuelle et, de l'autre côté, les droits fondamentaux, notamment la liberté d'entreprise des fournisseurs de services Internet ainsi que la liberté d'information des utilisateurs d'Internet²⁴⁹. La Cour de justice a finalement jugé que « [l]es droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'il soit fait interdiction, au moyen d'une injonction prononcée par un juge, à un fournisseur d'accès à Internet d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet mettant en ligne des objets protégés sans l'accord des titulaires de droits, (...) à condition cependant que, d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, que ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des

²⁴⁶ Voir par exemple la Directive 2001/29/CE ainsi que le Rapport explicatif sur la modification de la LDA du Conseil fédéral.

²⁴⁷ Sur les clauses « *safe harbour* » en droit américain, voir GINSBURG JANE C., *Judicial and Legislative Competence*, p. 39 ss.

²⁴⁸ Au sujet de la piraterie, voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport explicatif sur la modification LDA*, p. 31.

²⁴⁹ Arrêt *UPC Telekabel Wien*, CJUE, cons. 47.

objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier »²⁵⁰.

- 146 La Cour de justice a en outre décrété qu'une obligation de filtrage préventif (visant à empêcher la mise à disposition de contenus portant atteinte à un droit d'auteur) imposée à un fournisseur d'accès, et ceci sans limites de temps, « ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part »²⁵¹. Cette position a ensuite été confirmée par la Cour de justice européenne dans une de ses décisions ultérieures²⁵².
- 147 En Suisse, des mesures de blocage et de filtrage ont également été proposées dans le cadre du projet de révision de la Loi fédérale sur le droit d'auteur. « L'idée est de pouvoir les [les hébergeurs au sens large, qui ne sont pas affiliés à un organisme d'autorégulation] contraindre à supprimer les contenus portant atteinte au droit d'auteur ou à bloquer l'accès à ces contenus, et à prendre des mesures visant à prévenir la réintroduction immédiate de ces contenus sur les serveurs (ce qu'on appelle un filtrage) »²⁵³.
- 148 Au-delà de l'admissibilité des mesures de blocage ou de filtrage, on peut se demander si de telles mesures sont aptes à atteindre le but visé, soit d'empêcher l'accès à certains sites Internet au contenu illicite. En effet, les titulaires des noms de domaine visés dans les décisions peuvent très facilement opter pour un nom de domaine très proche de celui faisant l'objet d'un blocage afin de mettre les mêmes contenus à disposition des internautes. Les mesures peuvent en outre facilement être contournées par des sites « miroirs » ou « pirates », dont la prolifération est ingérable²⁵⁴. De plus, il suffit de parcourir la toile pour trouver des subterfuges techniques permettant de contourner les mesures de blocage ou de filtrage.

²⁵⁰ *Idem*, cons. 64.

²⁵¹ Arrêt *Scarlet Extended c. SABAM*, CJUE, cons. 53.

²⁵² Arrêt *SABAM c. Netlog*, CJUE.

²⁵³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 31.

²⁵⁴ Voir à ce sujet, SIRINELLI PIERRE, *Village virtuel et création normative*, p. 13. L'auteur prend l'exemple d'une décision allemande de blocage d'accès à un serveur hollandais qui hébergeait un site Internet illégal. Les mesures de blocage d'accès au serveur mises en place par les fournisseurs d'accès allemands ont été contournées en quelques jours seulement par plus de quarante « sites miroirs » identiques au site illicite dans le monde entier.

(b) *Responsabilité des intermédiaires*

- 149 La responsabilité des intermédiaires pour les actes de contrefaçon et de piraterie est une question qui est éminemment actuelle. Les fournisseurs de services peuvent-ils être tenus responsables du contenu illicite mis en ligne ?
- 150 Cette question relève du fondement matériel de l'action. Le juge devra ainsi déterminer, en fonction du droit applicable, si l'intermédiaire attrait devant sa juridiction engage sa responsabilité sur le plan civil. Bien qu'intéressante, cette problématique sort du cadre de la présente étude, et ne sera dès lors pas plus approfondie que ce qui suit.
- 151 On peut relever que, de manière générale, la responsabilité des intermédiaires est fonction de leurs connaissances des contenus qui transitent par eux et des mesures prises en vue de limiter les atteintes²⁵⁵. Les intermédiaires peuvent s'exonérer de toute responsabilité s'ils respectent la Directive sur le commerce électronique²⁵⁶ en Europe ou le Digital Millennium Copyright Act²⁵⁷ pour les États-Unis²⁵⁸. En Suisse, il n'existe pas de loi particulière en matière de responsabilité des intermédiaires. Ceux-ci seront soumis au régime classique de la responsabilité civile²⁵⁹. Il s'agit encore une fois d'une question de fond, qui ne les empêchera bien entendu pas d'être attirés en justice²⁶⁰.

²⁵⁵ BÉNÉDICT JÉRÔME, Prestataires techniques sur Internet, p. 16.

²⁵⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, p. 1-16.

²⁵⁷ Digital Millennium Copyright Act, to amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty. Au sujet de la responsabilité des fournisseurs de services à la lumière du Millennium Copyright Act, voir GINSBURG JANE C., Judicial and Legislative Competence, p. 39 ss. L'auteur rappelle en substance que les fournisseurs de services Internet peuvent être actionnés en responsabilité à titre principal (« *direct liability* ») ou en tant que complices (« *contributory* » ou « *vicarious liability* ») s'ils ne respectent pas les clauses d'immunité dites « *safe harbour* » prévues dans le Millennium Copyright Act. Voir dans ce sens également, GILLIÉRON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, p. 387 ss.

²⁵⁸ FAWCETT JAMES J./TORREMAN PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 10.37, p. 546.

²⁵⁹ En matière de responsabilité civile des intermédiaires, voir BÉNÉDICT JÉRÔME, Prestataires techniques sur Internet, p. 17 ss; GILLIÉRON PHILIPPE, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, p. 387 ss. Pour un aperçu d'arrêts topiques, ayant jugé d'actions dirigées contre Google, aux États-Unis, dans l'Union européenne, au Royaume-Uni, en Inde, en Chine, en Israël, en Argentine, en Australie et en Autriche, voir OMPI, Law of Trademarks, annexe I, p. 5 ss.

²⁶⁰ Pour une étude de certains arrêts internationaux en matière d'atteinte au droit des marques, aux États-Unis, au Royaume-Uni, en France, en Belgique et en Allemagne, voir OMPI, Les marques et Internet, annexe I, p. 2 ss.

ii. Le contrefacteur

- 152 Dans la mesure où il n'est pas possible d'empêcher techniquement les contrefaçons d'être mises en ligne ou de circuler sur Internet, les victimes de contrefaçons doivent souvent, en *ultima ratio*, engager des frais judiciaires. Ils peuvent agir contre les intermédiaires ou contre le contrefacteur lui-même²⁶¹.
- 153 Le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut, par exemple, souhaiter agir en cessation de l'atteinte contre un défendeur qui utilise la marque protégée sur son site Internet. Les titulaires font cependant face à une nébuleuse dans laquelle il est difficile de se repérer. Imaginons qu'une personne estime que son œuvre, qui est offerte sur Internet, a été piratée. Outre la problématique de la titularité de son droit ainsi que de l'étendue de celui-ci sur Internet²⁶², cette personne devra identifier le contrefacteur – identification qui peut se révéler quasiment impossible dans certains cas²⁶³ – pour ensuite entreprendre les démarches nécessaires à la protection de son droit.

c) Procédure extrajudiciaire de l'OMPI

- 154 La présente étude, consacrée à la compétence internationale en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet, est centrée sur le droit international privé. Seules seront étudiées les décisions rendues par les tribunaux étatiques. Il est toutefois intéressant de mentionner la procédure extrajudiciaire administrée par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Cette procédure a été conçue en vue de protéger les intérêts des titulaires de marques contre l'enregistrement et l'utilisation abusive de noms de domaine²⁶⁴.
- 155 Les litiges relatifs aux noms de domaine peuvent faire l'objet d'une procédure administrative en application des Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP). Ces principes, adoptés par l'ICANN (sous l'impulsion de l'OMPI) fixent le cadre juridique pour les litiges relatifs aux noms de domaine génériques ainsi qu'aux noms de domaine de premier niveau qui sont des codes de pays, pour autant que l'organisme qui gère les enregistrements ait adopté les Principes UDRP. Les

²⁶¹ KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, Ubiquitous copyright infringements, p. 7.

²⁶² Bien que ces aspects aient fait couler beaucoup d'encre, ils ne seront pas traités dans la présente étude. Pour une analyse approfondie de ces problématiques, voir not. GINSBURG JANE C., *The Cyberian Captivity of Copyright*.

²⁶³ Voir *supra* Chapitre premier, II, A, 2, a), i.

²⁶⁴ OMPI, Principes UDRP.

parties restent toutefois libres d'ouvrir action devant un tribunal étatique avant la procédure administrative ou après la décision administrative²⁶⁵.

- 156 Cette procédure administrative, qui obéit à ses propres règles, ne sera pas approfondie dans la présente étude. Elle ne pose en effet pas de problèmes particuliers relatifs à la compétence internationale. Il s'agit d'une procédure extrajudiciaire qui ne préjuge en rien de l'issue du litige porté devant les tribunaux compétents dans le cadre de la procédure judiciaire.
- 157 Il est toutefois intéressant de relever que les plaintes déposées auprès de l'OMPI par les titulaires de marques sont en hausse depuis la libéralisation des noms de domaine génériques. La proportion de plaintes relatives au cybersquattage se monte à 10.5%. En 2015, les États-Unis ont comptabilisé le plus haut taux de plaintes (847), suivis, respectivement, par la France (337), l'Allemagne (272), le Royaume-Uni (229) et la Suisse (169)²⁶⁶.

III. Droit international privé et Internet

- 158 Les développements technologiques de ces dernières années poussent le droit de la propriété intellectuelle à s'adapter à ces nouveaux défis.
- 159 La protection des droits de propriété intellectuelle ne doit toutefois pas seulement se produire au niveau du droit de fond, mais également au niveau procédural. Ce sont en effet les règles procédurales qui en assurent une mise en œuvre efficiente.
- 160 Les règles de droit international privé s'appliquent dès qu'une situation présente un élément d'extranéité. Elles visent à coordonner les relations entre différents systèmes juridiques nationaux.
- 161 Axées autour de trois grands piliers, les règles de droit international privé déterminent le tribunal compétent, le droit applicable à un litige international ainsi que les conditions de reconnaissance et d'exécution d'une décision étrangère. On peut en outre identifier un quatrième axe représenté par les règles d'entraide judiciaire internationale en matière civile²⁶⁷.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ OMPI, Domain name cases in 2015.

²⁶⁷ GUILLAUME FLORENCE, Droit international privé, p. 3 ; SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, Conflict of Laws, p. 3.

A. Droit du Cyberspace ?

- 162 Depuis un certain temps, les règles de droit international privé subissent les assauts de la mondialisation et de la globalisation, avec en fer de lance : Internet. Le droit international privé a déjà eu affaire à certaines avancées technologiques telles que le téléphone ou l'informatique, mais aucune d'elles ne l'avait ébranlé de la sorte²⁶⁸. Internet représente en effet un réel défi pour les concepts de droit international privé.
- 163 A l'origine, certains auteurs ont d'ailleurs remis en cause l'application même des règles de droit qui régissent les relations dans le monde réel à celles ayant lieu en ligne. Ils ont avancé que la seule manière de conjuguer la nature d'Internet et les règles de droit qui ont vocation à le réguler serait de le considérer comme un territoire, un espace à part entière. Selon eux, la solution reviendrait à appréhender le « (...) [c]yberspace as a distinct 'place' for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between cyberspace and the 'real world'. Using this new approach, we could no longer ask the unanswerable question 'where' in the geographical world a Net-based transaction occurred. »²⁶⁹. Ces auteurs ont ainsi proposé de délimiter le cyberspace par opposition au monde réel afin de lui appliquer un régime juridique distinct. Les internautes qui se rendent sur Internet traverseraient cette frontière et tomberaient ainsi sous la juridiction du droit du cyberspace, « *law of Cyberspace* »²⁷⁰. Selon cette vision, le droit du cyberspace pourrait d'ailleurs être assimilé à la *lex mercatoria*, ou à la *cyber-lex*, soit à un ensemble de règles basées sur la coutume²⁷¹.
- 164 Transposée en matière de propriété intellectuelle, cette solution permettrait ainsi de développer de nouvelles formes de droits de propriété intellectuelle configurées spécifiquement pour cet environnement numérique. « *Treating Cyberspace as a distinct location allows for the development of new forms of intellectual property law, applicable only on the Net, that would properly focus attention on these unique characteristics of this new, distinct place while preserving doctrines that apply to works embodied in physical collections (like books) or displayed in legally significant physical places (like theatres)* »²⁷². Un

²⁶⁸ GOLA ROMAIN V., E-commerce, p. 538.

²⁶⁹ JOHNSON DAVID R./POST DAVID G., Cyberspace, p. 1378.

²⁷⁰ *Idem*, p. 1379. DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, p. 144, mentionne au sujet de cette conception que la « Netlex ou Cyberlex » serait ainsi régie par un « droit matériel et universel entièrement nouveau ».

²⁷¹ Au sujet de l'analogie du droit du cyberspace à la *lex mercatoria*, voir BURNSTEIN MATTHEW, A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, p. 28 s., et DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 48 ss.

²⁷² JOHNSON DAVID R./POST DAVID G., Cyberspace, p. 1386.

régime distinct pour un territoire distinct tiendrait ainsi compte des caractéristiques particulières de la propriété intellectuelle sur Internet²⁷³.

- 165 Aborder Internet comme un territoire unique aurait en outre des répercussions sur le droit international privé, puisque les délits qui s'y produisent seraient circonscrits à un seul et même territoire. L'absence d'élément d'extranéité serait en conséquence de nature à exclure l'application du droit international privé. Bien qu'ayant à tout le moins le mérite de soulever d'épineuses questions, ce courant d'idées est cependant isolé et critiqué²⁷⁴.

B. Droit international privé

1. Des règles applicables

- 166 Actuellement, c'est bien dans le droit international privé traditionnel que doivent être trouvées les règles régissant les conflits nés en ligne. Toutefois et comme nous le verrons par la suite, nombreux sont les auteurs qui remettent en cause l'adéquation des règles de droit international privé et de ses critères de rattachement pour appréhender les actes illicites commis sur Internet. Ce courant d'idées est particulièrement marqué en matière de propriété intellectuelle, notamment dans les pays à tendance territorialiste²⁷⁵.
- 167 Le droit international privé n'est pas inapte à régir les litiges en ligne. Son application aux cyberlitiges implique néanmoins qu'il s'adapte à cet environnement particulier que représente Internet²⁷⁶. En effet, malgré la composante virtuelle d'Internet, il convient néanmoins de rappeler que derrière cette toile se trouvent des personnes physiques ou morales qui en tissent les contours et lui donnent sa consistance²⁷⁷. « *While they are in that place,*

²⁷³ *Idem.*, p. 1385 s., et les références citées. Voir également au sujet des différents courants doctrinaux en matière de régulation du Cyberspace, CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 13-16.

²⁷⁴ Voir not. à ce sujet, BERMAN PAUL SCHIFF, Jurisdiction, p. 370 ss ; CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 12 ss ; DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, p. 143 s. ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 90 ss ; SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, Borders on, or border around, p. 344.

²⁷⁵ Voir *infra* Chapitre Deuxième, V, B, 1.

²⁷⁶ LUCAS ANDRÉ, Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques, p. 5 s.

²⁷⁷ DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 48 ss ; DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, 145 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 111 ; SALVADÉ VINCENT, Contrefaçon, p. 83 s.

cyberspace, they are also here. They are at a terminal screen, eating chips, ignoring the phone. (...) They live this life there, while here »²⁷⁸. « ‘La personne virtuelle’ n’est que l’avatar d’une personne physique localisée dans un État »²⁷⁹. Ce sont en outre, ces personnes, présentes ou non sur Internet, qui subiront le dommage lié à l’activité électronique litigieuse²⁸⁰. Les atteintes surviennent aux « points de contacts entre la virtualité et la réalité »²⁸¹. Il est ainsi logique que ces points de contacts déterminent, sur le plan du droit international privé, les critères de rattachement pertinents²⁸². « *The intangible Internet requires the tangible* »²⁸³. Le caractère ubiquitaire d’Internet n’empêche pas les États d’asseoir leur compétence juridictionnelle sur les activités menées en ligne²⁸⁴. En effet, « *[t]he most obvious manner in which borders are being placed on the Internet is through the application of private international law rules (...)* »²⁸⁵.

2. Des règles inadaptées

- 168 Les règles de droit international privé sont déterminées par l’application au cas d’espèce de critères de rattachement prévus par les règles de conflit. Ces critères de rattachement permettent d’établir un lien territorial avec la cause. Or, les critères de rattachement valables hors ligne sont mal adaptés aux délits sur Internet.
- 169 En matière délictuelle, les critères de rattachement traditionnellement applicables n’assurent en effet plus leur fonction d’aiguillage. Alors que ces critères étaient aisément localisables avant l’avènement d’Internet, cette localisation est devenue problématique dans le monde virtuel. Au vu du caractère ubiquitaire d’Internet et alors que les transactions conclues par ce biais traversent les frontières géographiques de manière simultanée, la détermination du lieu où l’acte constitutif de l’infraction commence et se termine devient particulièrement ardue²⁸⁶. Qu’il s’agisse de déterminer un lien substantiel (comme en droit

²⁷⁸ LESSIG LAWRENCE, *Surveying Law and Borders*, p. 1403, critiquant de la sorte la position soutenue par JOHNSON DAVID R./POST DAVID G. en matière de Cyberspace.

²⁷⁹ CACHARD OLIVIER, *RÉGULATION internationale*, p. 15. Dans ce sens également, DUTOIT BERNARD, *Actes illicites commis sur Internet*, p. 144 s.

²⁸⁰ CACHARD OLIVIER, *Régulation internationale*, p. 15.

²⁸¹ DESSEMONTET FRANÇOIS, *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, p. 49.

²⁸² GROLIMUND PASCAL, *Geschäftsverkehr im Internet*, p. 344.

²⁸³ MILLER SAMUEL F., *Internet Activity*, p. 234.

²⁸⁴ BÉNÉDICT JÉRÔME, *Prestataires techniques sur Internet*, p. 13 ; CACHARD OLIVIER, *Régulation internationale*, p. 24.

²⁸⁵ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Borders on, or border around*, p. 352.

²⁸⁶ GELLER PAUL EDWARD, *Internet Remedies*, p. 126.

américain) ou de situer l'évènement dommageable (comme en droits européen et suisse), le rattachement des activités délictueuses commises sur Internet à un territoire particulier soulève de nombreuses interrogations. L'évènement dommageable s'est-il réalisé au lieu où la contrefaçon a été produite ou réalisée ? Au lieu où le contenu litigieux a été mis en ligne (*upload*) ? Au lieu où ledit contenu était accessible en ligne ? Ou alors s'agit-il du lieu où le matériel litigieux a été téléchargé ? Du territoire ciblé par le site Internet ? Du lieu où le dommage a effectivement été subi par le titulaire du droit de propriété intellectuelle ? Du lieu où le matériel litigieux a, par hypothèse, été livré ?

IV. Vers un droit international privé de la propriété intellectuelle ?

A. Introduction

- 170 Existe-t-il des règles de droit international privé applicables en matière de propriété intellectuelle lors d'atteintes commises sur Internet à l'échelle mondiale ? En d'autres termes, existe-t-il des règles qui permettraient de coordonner les différents systèmes juridiques en la matière ?
- 171 La coordination des différents systèmes juridiques peut intervenir au moyen de règles visant à unifier la propriété intellectuelle au niveau international. En effet, si la matière est régie par un seul droit matériel unifié, les conflits entre les systèmes juridiques seraient vidés de leur substance. C'est ce cadre légal que nous commencerons par dresser (B).
- 172 Si les instruments d'harmonisation des droits de propriété intellectuelle ne contiennent pas de règles unifiées, la coordination des différents systèmes juridiques doit être recherchée au niveau des règles de droit international privé applicables en la matière. Nous verrons dans ce cadre les essais sur la scène internationale de légiférer en matière de droit international privé dans ce domaine (C). Cet examen nous conduira à considérer les raisons qui ont conduit à l'échec des négociations relatives à une convention internationale menées au sein de la Conférence de La Haye. Nous analyserons quels ont été les facteurs ayant abouti à l'abandon de ce projet, à tout le moins dans sa version initiale, notamment en relation avec les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

B. Instruments d'harmonisation de la propriété intellectuelle

- 173 A titre liminaire, il convient de relever qu'il existe une pléthore d'instruments protégeant les droits de propriété intellectuelle au niveau international. GINSBURG a ainsi déclaré, au sujet des droits d'auteur, que « [t]oday's international copyright more closely resembles a giant squid, whose many national law tentacles emanate from but depend on a large common body of international norms »²⁸⁷.
- 174 Le présent chapitre, sans avoir la prétention de constituer un catalogue exhaustif des instruments d'harmonisation internationaux, mettra ainsi l'accent sur les principales règles en la matière. Nous aborderons ensuite quelques règles nationales (ou inter-nationales) qui méritent d'être mentionnées au vu de leur influence sur la scène internationale.

1. A l'échelon international

- 175 Vers la fin du 19^{ème} siècle, le système bilatéral, qui avait d'abord été mis en place en vue de protéger les droits de propriété intellectuelle, a laissé la place à un système multilatéral²⁸⁸. Le système bilatéral d'harmonisation n'offrait en effet plus une protection adéquate des droits des titulaires, notamment face à la discrimination pratiquée par les États non-parties. Il a donc fallu repenser le système dans sa globalité²⁸⁹.
- 176 De manière très résumée, les sources d'harmonisation au niveau international émanent principalement de deux organismes : l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) et l'OMC (Organisation mondiale du commerce).

a) OMPI

- 177 Le besoin de coopération internationale qui s'est fait ressentir vers la fin du 19^{ème} siècle a ainsi conduit à la création en 1893 des Bureaux Internationaux Réunis pour la protection de la Propriété intellectuelle (les BIRPI, devenus dès 1970 l'OMPI)²⁹⁰. C'est dans ce cadre également que la Convention de Paris du 20 mars

²⁸⁷ GINSBURG JANE C., International Copyright, p. 289.

²⁸⁸ Voir notamment GROVES PETER/MARTINO ANTHONY/MISKIN CLAIRE/RICHARDS JOHN, Internal Market, p. 47. Voir également, de manière plus générale, GUILLAUME FLORENCE, La LDIP et les conventions, p. 161 ss.

²⁸⁹ Au sujet de l'évolution historique de la protection des droits de propriété intellectuelle, voir CLIFT CHARLES, IPR and GATT, p. 3 ss.

²⁹⁰ PILA JUSTINE, Intellectual Property, p. 6 s.

1883 pour la protection de la propriété industrielle – révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 – et la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ont vu le jour. Ces deux conventions sont articulées autour du principe cardinal du traitement national²⁹¹ et mettent en place une protection minimale (« *minimum standards* ») des droits de propriété intellectuelle²⁹².

- 178 Parmi les conventions qui ont suivi les Conventions de Paris et de Berne, on peut mentionner l'Arrangement de Madrid relatif à l'enregistrement international des marques de 1891²⁹³, ainsi que le Protocole de Madrid de 1989²⁹⁴, la Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion de 1961²⁹⁵, la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes de 1971, le Traité sur le droit des marques de 1994, les Traités sur le droit d'auteur de 1996 (WCT) ainsi que sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 (WPPT), et enfin le Traité sur le droit des brevets de 2000.
- 179 Nous allons limiter notre étude à certains des instruments susmentionnés qui sont parmi les plus pertinents dans le domaine qui nous occupe, à savoir, la Convention de Paris (i), la Convention de Berne (ii), Les Traités sur le droit d'auteur (iii) et l'Arrangement de Madrid (iv).

i. Convention de Paris

- 180 La Convention de Paris est une des premières conventions relatives à la propriété industrielle. Son champ d'application englobe ainsi « (...) les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale »²⁹⁶. Depuis son adoption en 1883, cette convention a fait l'objet de nombreuses révisions, la dernière en date ayant eu lieu à Stockholm en 1967. La

²⁹¹ Art. 2 al. 1 Convention de Paris et art. 5 al. 1 Convention de Berne.

²⁹² PILA JUSTINE, *Intellectual Property*, p. 7.

²⁹³ L'Arrangement de Madrid a été ratifié par les membres de la Communauté européenne et la Suisse.

²⁹⁴ Le Protocole de Madrid a été ratifié par les États-Unis, l'Union européenne et la Suisse. Sur le Traité de Madrid et le Protocole de Madrid, voir GROVES PETER/MARTINO ANTHONY/MISKIN CLAIRE/RICHARDS JOHN, *Internal Market*, p. 47-54.

²⁹⁵ La Convention de Rome a été ratifiée par les pays de la Communauté européenne et la Suisse.

²⁹⁶ Art. 1 al. 2 Convention de Paris.

convention, dans sa version révisée, a été ratifiée par de nombreux États, dont les États-Unis, les États de l'Union européenne ainsi que la Suisse. La convention crée ainsi entre les pays membres un état d'union (ci-après : l'Union) pour la protection de la propriété industrielle²⁹⁷.

- 181 Selon l'art. 2 al. 1 de la Convention de Paris, « [l]es ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux ». En matière de brevet, de modèle d'utilité, de dessin ou modèle industriel, ou de marque de fabrique ou de commerce la Convention de Paris prévoit un droit de priorité²⁹⁸ qui signifie que la date de la première demande de protection, déposée dans l'un des États contractants sera celle qui sera retenue pour toutes les demandes ultérieures déposées dans les autres États contractants et cela quand bien même les démarches pour obtenir une protection ont été effectuées ultérieurement (et dans les délais impartis par la convention). La convention prévoit en outre l'indépendance des brevets obtenus pour la même invention dans différents pays²⁹⁹. On retrouve le même principe d'indépendance en matière de droit des marques³⁰⁰. Les États membres fixent souverainement les conditions de dépôt et d'enregistrement des marques et ceci indépendamment du fait que la marque en question soit déposée ou enregistrée dans l'État membre d'origine³⁰¹. Toutefois, « [t]oute marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article »³⁰².
- 182 Certaines règles de la Convention de Paris sont auto-exécutoires, soit d'application directe. C'est le cas de la marque notoirement connue³⁰³ et de la

²⁹⁷ Art. 1 al. 1 Convention de Paris.

²⁹⁸ Art. 4 Convention de Paris.

²⁹⁹ Art. 4*bis* Convention de Paris. Selon cette règle, les États membres ne sont pas liés par une décision de délivrance ou de refus d'accorder un brevet émanant de l'un d'entre eux. Ils sont ainsi libres d'accorder ou de refuser la demande et ceci sans égard à ce qui a été décidé dans les autres États contractants.

³⁰⁰ Art. 6 Convention de Paris.

³⁰¹ BIRPI, Guide d'application, p. 86 s.

³⁰² Art. 6*quinquies*, let. a al. 1) Convention de Paris.

³⁰³ Art. 6*bis* Convention de Paris.

protection des marques enregistrées dans un pays de l'Union dans les autres pays de l'Union (clause « telle quelle »)³⁰⁴. D'autres, au contraire, doivent être transposées en droit interne³⁰⁵.

- 183 La Convention de Paris vise à l'harmonisation de la propriété industrielle en accordant une protection égale dans tous les États contractants, étant entendu que cette protection reste néanmoins cantonnée au territoire de l'État contractant qui l'a accordée³⁰⁶. Les grands principes contenus dans la convention peuvent ainsi être considérés comme le reflet de la territorialité des droits de propriété industrielle³⁰⁷.

ii. Convention de Berne

- 184 La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques a été adoptée en 1886. Elle a subi de nombreuses modifications et révisions, la dernière modification remontant à 1979³⁰⁸. A l'instar de la Convention de Paris, elle a également été élaborée dans un esprit d'unification des droits d'auteur. Initialement boudée par les États-Unis³⁰⁹, la Convention de Berne a réuni les pays les plus influents en la matière en mars 1989, date à laquelle les États-Unis ont finalement ratifié le texte³¹⁰. La Convention de Berne est actuellement la principale convention élaborée dans le cadre de l'OMPI et a été ratifiée par 179 pays dont les États-Unis, les pays de l'Union européenne et la Suisse.
- 185 La convention est axée autour de deux grands principes. D'un côté, on trouve le principe de non-discrimination qui assure aux auteurs étrangers un traitement égal à celui des auteurs locaux, tout en respectant l'essence des législations nationales³¹¹. De l'autre côté, il a fallu mettre en place des dispositions supranationales qui harmonisent et assurent ainsi une meilleure sécurité du droit³¹². L'approche retenue dans la Convention de Berne allie ainsi le principe du traitement national avec une protection minimale en la matière. Elle consacre

³⁰⁴ Art. 6^{quinq} Convention de Paris.

³⁰⁵ Au sujet des clauses auto-exécutoires et non auto-exécutoires, voir MOURA VICENTE DARIO, p. 145 ss et BIRPI, Guide d'application, p. 14 ss.

³⁰⁶ KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, General Report, p. 16.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ Pour une étude historique fouillée de la Convention de Berne, voir RICKETSON SAM/GINSBURG JANE C., The Berne Convention, n° 2.01, p. 42 ss.

³⁰⁹ RICKETSON SAM/GINSBURG JANE C., The Berne Convention, n° 4.43 ss, p. 165 ss.

³¹⁰ GOLDSTEIN PAUL/HUGENHOLTZ BERNT P., International Copyright, p. 38.

³¹¹ RICKETSON SAM/GINSBURG JANE C., The Berne Convention, n° 6.74 ss, p. 295 ss.

³¹² GINSBURG JANE C., International Copyright, p. 266.

également le principe de la protection automatique, lequel prévoit que la jouissance et l'exercice des droits d'auteur ne peuvent être subordonnés à aucune formalité³¹³. Le texte original de la convention a subi de nombreuses révisions au fil du temps, mais il a su garder son noyau dur : une protection minimale et le principe du traitement national³¹⁴.

- 186 Même si la Convention de Berne accorde une protection minimale en matière de droit d'auteur, les États restent néanmoins libres d'accorder une protection plus ample en droit interne. Les États membres doivent accorder cette protection minimale aux œuvres émanant d'autres États membres de la Convention de Berne, mais ne sont pas pour autant tenus d'accorder la protection (plus large) prévalant sur leur territoire³¹⁵. Cette situation a pour conséquence qu'« (...) il n'existe pas, pour le moment, de vraie unification des droits nationaux en la matière »³¹⁶.

iii. Traités sur le droit d'auteur

- 187 En matière de droit d'auteur, sont également relevantes les Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) ainsi que sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), tous les deux conclus en décembre 1996³¹⁷. Ces traités ont pour objectif d'harmoniser et d'améliorer la protection des droits d'auteur face à l'évolution du numérique. Ils ont été conçus dans le cadre d'une conférence diplomatique qui s'est tenue à Genève sous l'égide de l'OMPI en présence de plus d'une centaine d'États³¹⁸. Les deux traités issus de cette conférence « modernisent

³¹³ Art. 5 al. 2 de la Convention de Berne.

³¹⁴ GINSBURG JANE C., *International Copyright*, p. 271.

³¹⁵ *Idem*, p. 272.

³¹⁶ MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 138. À noter cependant la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne prévoit à son article 18 (art. 12 aTCE), le principe de non-discrimination. Cette disposition pourrait être invoquée pour atteindre le même niveau de protection lorsqu'un des États membres octroie une protection plus élevée que celle prévue dans la Convention de Berne. « (...) *if a Member State grants its own national something above the minimum standards set by the Berne Convention, Article 18 TFUE requires that such a Member State grants the same treatment to nationals of other Member States. Here, the non-discrimination rule Under EU law is 'the higher norm that overrules the Berne Convention'* », STROWEL ALAIN/KIM HEE-EUN, *Intellectual Property*, p. 130, et les références citées.

³¹⁷ Les États-Unis, l'Union européenne ainsi que la Suisse ont ratifié ces Traités.

³¹⁸ CONSEIL FEDERAL, *Message relatif aux traités OMPI*, p. 3270. Voir également GROVES PETER/MARTINO ANTHONY/MISKIN CLAIRE/RICHARDS JOHN, *Internal Market*, p. 80 ss. Pour une étude historique fouillée des Traités sur le droit d'auteur, voir REINBOTHE JÖRG/VON LEWINSKI SILKE, *The WIPO Treaties*, n° 3.0.1 ss, p. 11 ss.

la protection des droits d'auteur et des droits voisins par l'harmonisation et le relèvement simultané de la protection »³¹⁹.

- 188 La disposition topique en matière de protection des droits des auteurs figure à l'art. 8 WCT qui prévoit que « (...) les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». Cette règle protège ainsi les auteurs contre la mise à disposition sur Internet de leurs œuvres, sans qu'ils y aient préalablement consenti³²⁰.
- 189 Certaines dispositions des Traités de l'OMPI sont auto-exécutoires alors que d'autres ne sont pas directement applicables. Ces dernières doivent ainsi être mises en œuvre en droit interne³²¹. « Le WCT et le WPPT laissent cependant aussi une certaine marge de manœuvre aux États contractants afin que ceux-ci puissent tenir compte des structures existantes. Cette latitude existe en particulier pour l'obligation d'inscrire dans la législation nationale la protection des mesures techniques, qui est le principal acquis de l'harmonisation visée par les traités Internet. »³²²

iv. Arrangement de Madrid

- 190 En matière de droit des marques, il convient de mentionner l'Arrangement de Madrid de 1891 relatif à l'enregistrement international des marques, ainsi que le Protocole de Madrid de 1989³²³. L'Arrangement de Madrid dispose que « [I]es ressortissants de chacun des pays contractants pourront s'assurer, dans tous les autres pays parties au présent Arrangement, la protection de leurs marques applicables aux produits ou services enregistrés dans le pays d'origine »³²⁴. Après avoir suivi la procédure d'enregistrement international de la marque, qui requiert

³¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3270. Au sujet des traités OMPI, voir également DREIER THOMAS, *Internationale Urheberrecht*, p. 39-76 ; GINSBURG JANE C., *International Copyright*, p. 272 ; GOLDSTEIN PAUL/HUGENHOLTZ BERNT P., *International Copyright*, p. 47 s., et p. 60-62.

³²⁰ Voir à ce sujet MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 123 ; REINBOTHE JÖRG/VON LEWINSKI SILKE, *The WIPO Treaties*, n° 7.8.11 ss, p. 129 ss.

³²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3271.

³²² *Idem*, p. 3272.

³²³ Sur le Traité de Madrid et le Protocole de Madrid, voir GROVES PETER/MARTINO ANTHONY/MISKIN CLAIRE/RICHARDS JOHN, *Internal Market*, p. 47-54.

³²⁴ Art. 1 al. 2 de l'Arrangement de Madrid.

l'enregistrement préalable dans son pays d'origine, celle-ci sera protégée dans tous les États membres de la même manière que si elle y avait été enregistrée séparément. L'enregistrement ne confère toutefois pas « un droit unique, mais plutôt une 'pluralité de droits' soumis aux systèmes juridiques nationaux (...) »³²⁵. Les États-Unis n'ont pas adhéré à l'Arrangement de Madrid mais ont ratifié son Protocole.

- 191 Le même principe a été prévu en matière d'enregistrement international de dessins industriels³²⁶, en matière d'enregistrement international d'appellations d'origine³²⁷ et en matière de brevets³²⁸.

b) OMC

i. Accord ADPIC

- 192 En matière de droits de propriété intellectuelle, il convient de citer l'ADPIC (ou TRIPS) qui est contenu dans l'une des annexes au Traité de Marrakech du 15 avril 1994 et qui a été conclu dans le cadre de l'OMC. Sous l'impulsion des États-Unis, la propriété intellectuelle a fait son apparition dans l'agenda de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)) lors de l'*Uruguay Round* en 1986³²⁹, pour finalement aboutir à l'ADPIC (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) en 1994. L'élaboration de cet accord est basée sur la « (...) nécessité d'établir un cadre multilatéral de principes, règles et disciplines relatifs au commerce international des marchandises de contrefaçon »³³⁰ en vue d'atteindre « (...) les objectifs fondamentaux de politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la propriété intellectuelle, y compris les objectifs en matière de développement et de technologie »³³¹. Cet accord, contraignant pour les États membres, prévoit ainsi une protection minimale en matière de propriété intellectuelle, tout en laissant la liberté aux États membres d'accorder une

³²⁵ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 146 s.

³²⁶ Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels du 6 novembre 1925, révisé à La Haye le 28 novembre 1960.

³²⁷ Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international du 31 octobre 1958. Les États-Unis et la Suisse ne l'ont pas ratifié. Seuls quelques pays européens l'ont adopté.

³²⁸ Les États-Unis, les pays européens et la Suisse ont ratifié le PCT.

³²⁹ Pour un aperçu des événements qui ont amené les États-Unis à intégrer la propriété intellectuelle dans le cadre de l'*Uruguay Round*, voir CLIFT CHARLES, IPR and GATT, p. 5-10.

³³⁰ 3^{ème} paragraphe des considérants généraux de l'ADPIC.

³³¹ 5^{ème} paragraphe des considérants généraux de l'ADPIC.

protection plus étendue que celle prévue dans l'accord³³². L'ADPIC reprend les principes prévus par le GATT, à savoir le principe du traitement national³³³ (non-discrimination des étrangers), et du traitement de la nation la plus favorisée qui prévoit une égalité de traitement entre les ressortissants nationaux et les ressortissants de tous les autres États membres³³⁴.

- 193 Cet accord a eu un impact considérable en matière d'harmonisation et de protection des droits d'auteur. Premièrement, l'ADPIC a étendu le champ d'application territorial de la Convention de Berne aux membres de l'OMC³³⁵ en imposant à ces derniers l'obligation de se conformer aux art. 1 à 21 de la Convention de Berne³³⁶. Deuxièmement l'ADPIC a étendu le champ d'application matériel de la convention aux programmes d'ordinateurs (logiciels) et aux bases de données³³⁷ ainsi qu'aux droits de location³³⁸. L'ADPIC renforce ainsi la protection minimale accordée par la Convention de Berne, tout en offrant un catalogue plus complet des moyens permettant de faire respecter les droits de propriété intellectuelle³³⁹.
- 194 L'ADPIC a également eu un impact sur l'harmonisation des droits de propriété industrielle. Selon l'art. 2 ADPIC, les États membres de l'OMC « (...) se conformeront aux articles premier à 12 et à l'art. 19 de la Convention de Paris (1967) ». Ce faisant, ces dispositions « ont ainsi gagné une portée quasi universelle »³⁴⁰. L'ADPIC assure de plus une protection plus étendue en matière

³³² Art. 1 al. 1 ADPIC. Pour un développement au sujet des « *minimum standards* » prévus par l'ADPIC, voir BARBOSA DENIS BORGES, p. 67 ss, et les références citées.

³³³ L'art. 3 ADPIC dispose que « [c]haque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle (...) ».

³³⁴ L'art. 4 ADPIC dispose que « (...) tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres ».

³³⁵ GINSBURG JANE C., International Copyright, p. 2. Cette extension du champ d'application géographique est dû à l'obligation inscrite dans l'ADPIC, s'appliquant ainsi à tous les membre de l'OMC, de se conformer à certaines dispositions (art. 1 à 21) de la Convention de Berne. Voir à ce sujet MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 17 ss.

³³⁶ Art. 9 al. 1 ADPIC.

³³⁷ Art. 10 ADPIC.

³³⁸ Art. 11 ADPIC.

³³⁹ Voir art. 41-61 ADPIC.

³⁴⁰ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 155.

de propriété industrielle que la Convention de Paris³⁴¹. Il affine et étend certaines règles ou notions contenues dans la Convention de Paris, d'une part, et il décrit l'objet de la protection en tant que marque³⁴² et en tant que brevet³⁴³, d'autre part.

- 195 Les Conventions de Paris et de Berne ne prévoient toutefois pas les moyens destinés à faire respecter les droits protégés. Les États membres sont ainsi libres de définir les procédures internes. Les disparités que cela a engendré ont toutefois nuí à l'objectif d'harmonisation des droits de propriété intellectuelle et d'uniformisation du commerce multilatéral. C'est pourquoi, l'ADPIC a inclú l'obligation pour les États membres de prévoir des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle³⁴⁴ ainsi que les principales caractéristiques que celles-ci devaient présenter³⁴⁵. Malgré les efforts déployés, pour l'instant, l'Accord n'a pas tenu ses promesses d'harmonisation et d'unification³⁴⁶.

2. A l'échelon interne

a) Droit d'auteur

- 196 En matière de droit d'auteur, le Traité WCT a imposé certains standards minimaux de protection qui ont dû être intégrés au niveau national³⁴⁷.

³⁴¹ Au sujet des différentes mesures d'harmonisation des droits de propriété industrielle se distinguant de celles prévues par la Convention de Paris, voir MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 154-157.

³⁴² Selon l'art. 15 al. 1 ADPIC, « [t]out signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce. De tels signes, en particulier les mots, y compris les noms de personne, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes, seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce (...) ».

³⁴³ Selon l'art. 27 al. 1 ADPIC, « (...) un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. (...) ».

³⁴⁴ Selon l'art. 41 ADPIC, « [l]es Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure (...) ».

³⁴⁵ Voir art. 41 ss ADPIC.

³⁴⁶ DREYFUSS ROCHELLE, *An Alert to the IP Bar*, p. 424.

³⁴⁷ Pour rappel, certaines dispositions comprises dans le Traité WCT ne sont pas auto-exécutoires. Voir *supra* Chapitre premier, IV, B, 1, a), iii.

- 197 Aux États-Unis, cette intégration s'est faite par le biais du Digital Millennium Copyright Act de 1998 (DMCA). Comme son nom l'indique, le Digital Millennium Copyright Act est une loi qui a pour objectif de protéger les droits des auteurs sur leurs œuvres, notamment dans le cadre des nouvelles technologies³⁴⁸.
- 198 Au niveau européen, on dénombre de nombreuses directives européennes qui ont vocation à uniformiser le droit d'auteur et les droits voisins³⁴⁹. Ces directives ne concernent cependant pas toutes les branches du droit d'auteur, car elles ne régulent que les matières dans lesquelles il reste des disparités nationales³⁵⁰. La Directive 2001/29/CE, également connue sous le nom de « directive sur la société de l'information », mérite d'être mentionnée à ce titre. Cette directive est directement basée sur les Traités de l'OMPI et vise à les mettre en œuvre, notamment en ce qui concerne les nouvelles technologies. Grâce à elle, le droit de communication d'œuvres au public et le droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés, par fil ou sans fil, fait l'objet d'une disposition particulière au niveau européen³⁵¹. Elle offre en outre une protection automatique des droits patrimoniaux dans tous les États membres³⁵².
- 199 Au niveau suisse, « [l']adaptation de la protection du droit d'auteur (...) à l'ère du numérique s'inscrit dans le prolongement des développements intervenus sur le plan international »³⁵³. La mise en œuvre des Traités OMPI s'est ainsi traduite par la modification de la loi sur le droit d'auteur³⁵⁴. En substance, les modifications proposées portaient sur la reprise des normes fixées dans les Traités WCT et WPPT en s'inspirant notamment de la Directive 2001/29/CE³⁵⁵.

³⁴⁸ Voir art. 1201 DMCA. Pour une étude fouillée de cette disposition, voir WILDPANER CHRISTINE, Digital Millennium Copyright Act, p. 57 ss.

³⁴⁹ Voir notamment Directive 91/250/CEE ; Directive 2006/115/CE ; Directive 93/83/CEE ; Directive 2006/116/CE ; Directive 96/9/CE ; Directive 2001/84/CE. Voir également Hugenholtz Bernt, Harmonization, p. 58, pour qui l'harmonisation du droit d'auteur au sein de l'Union européenne s'est déroulée en trois étapes : « (...) *an initial, highly productive decade of harmonization by directives (1991-2001) ; a second, less productive decade of consolidation and 'soft law' (2001-2009) ; and a third period of activist judicial interpretation by the Court of Justice of the EU that began approximately in 2009* ».

³⁵⁰ GINSBURG JANE C., International Copyright, p. 274.

³⁵¹ Art. 3 Directive 2001/29/CE.

³⁵² Pour un cas d'application de cette protection automatique, pertinente dans le cadre de la présente étude, voir les arrêts de la Cour de justice européenne *Pinckney* et *Hejduk*, *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii.

³⁵³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3270.

³⁵⁴ *Idem*, p. 3272.

³⁵⁵ Voir à ce sujet, CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3272.

b) *Droits de propriété industrielle*

- 200 En matière de propriété industrielle, on dénombre de nombreuses directives européennes³⁵⁶.
- 201 Bien que la Convention de Paris et l'ADPIC prévoient une protection minimale (« *minimum standards* »), laissant ainsi une large place à l'interprétation par les États membres, l'harmonisation du droit des marques au niveau européen peut être qualifiée de « *tight or strict* »³⁵⁷. Participant à l'effort d'harmonisation des législations nationales, de nouveaux « objets de propriété intellectuelle de dimension proprement européenne »³⁵⁸ ont ainsi vu le jour.

i. **Marques de l'Union européenne**

- 202 Historiquement, la Directive 2008/95/CE sur l'harmonisation du droit des marques était l'instrument de référence³⁵⁹. Cette Directive, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice européenne y relative, sont importantes dans le cadre de la présente étude, car elles ont contribué à interpréter les règles de conflit de juridictions contenues dans le Règlement Bruxelles I³⁶⁰.
- 203 La Directive 2008/95/CE a néanmoins fait l'objet d'une récente refonte qui a donné naissance à la Directive (UE) 2015/2436³⁶¹. Les deux directives ont toutefois des dispositions similaires sur les droits conférés par la marque. Les deux directives disposent que la marque enregistrée confère un droit exclusif à son titulaire³⁶². Le titulaire peut dès lors interdire à tout tiers, sans son consentement, de faire usage dans la vie des affaires d'un signe lorsque³⁶³ « le signe est identique à la marque et est utilisé pour des produits ou des services

³⁵⁶ Sur les directives européennes en matière de propriété industrielle, voir ARNOLD RICHARD, *European Harmonization Measures* ; plus particulièrement en matière de droit des brevets, p. 26 ss ; en matière de droit des marques, p. 30 s. ; et en matière de droit des designs, p. 31 s.

³⁵⁷ DINWOODIE GRAEME, *Europeanization of Trade Mark Law*, p. 77 ss.

³⁵⁸ BERGE JEAN-SYLVESTRE, *Propriété intellectuelle*, p. 51, faisant référence au brevet européen, à la marque communautaire ainsi qu'aux dessins et modèles communautaires. Contrairement aux marques et brevets, les dessins et modèles ne seront pas approfondis dans la présente étude dans la mesure où ils suivent la même systématique que celle développée pour les marques de l'Union.

³⁵⁹ DINWOODIE GRAEME, *Europeanization of Trade Mark Law*, p. 76 et 82. Citant un arrêt de la Cour de justice européenne, l'auteur relève ainsi que la Directive 2008/95/CE peut être considérée « (...) as harmonizing almost the complete body of substantive trade mark law » (p. 82).

³⁶⁰ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 28. Voir *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii, (a).

³⁶¹ Entrée en vigueur le 12 janvier 2016.

³⁶² Art. 10 § 1 Directive (UE) 2015/2436 et art. 5 § 1 Directive 2008/95/CE.

³⁶³ Art. 10 § 2 Directive (UE) 2015/2436 et art. 5 § 1 Directive 2008/95/CE.

identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée »³⁶⁴ ou lorsque « le signe est identique ou similaire à la marque et est utilisé pour des produits ou des services identiques ou similaires aux produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion ; le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque »³⁶⁵.

- 204 Cette refonte s'inscrit dans le cadre général de la réforme législative concernant la marque communautaire. Plusieurs instruments, dont la Directive 2008/95/CE, ont été remplacés par le Règlement modificatif n° 2015/2414³⁶⁶ qui est entré en vigueur le 23 mars 2016.
- 205 L'objectif de cette réforme législative n'est pas de créer un nouveau système mais de moderniser le système actuel par l'harmonisation des procédures, une meilleure coopération entre les différents offices de la propriété industrielle et une réduction des taxes afin d'optimiser son efficacité et de l'adapter à l'environnement d'Internet³⁶⁷. La révision a entraîné des modifications terminologiques : l'expression « marque communautaire » est désormais remplacée par « marque de l'Union européenne »³⁶⁸. Le Règlement n° 2015/2414 ne remet pas en cause la possibilité de demander, d'une part, une protection nationale de la marque (la marque nationale étant limitée au(x) territoire(s) de(s) État(s) choisi(s)) et/ou, d'autre part, une protection au niveau de l'Union par la marque de l'Union européenne³⁶⁹.

³⁶⁴ Art. 10 § 2 let. a) Directive (UE) 2015/2436, dont la teneur est équivalente à l'art. 5 § 1 let. a) Directive 2008/95/CE.

³⁶⁵ Art. 10 § 2 let. b) Directive (UE) 2015/2436, dont la teneur est équivalente à l'art. 5 § 1 let. b) Directive 2008/95/CE). Sur l'interprétation de la notion d' « usage d'un signe identique » au sens de cette disposition, voir notamment l'arrêt *Céline*, CJCE, cons. 14 ss.

³⁶⁶ Règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil sur la marque communautaire et le règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, et abrogeant le règlement (CE) n° 2869/95 de la Commission relatif aux taxes à payer à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles).

³⁶⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, Memo, p. 3 s. ; considérant 7 du Règlement n° 2015/2424.

³⁶⁸ Considérant 2 du Règlement n° 2015/2424. L'« Office de l'harmonisation dans le marché intérieur » est également remplacé par l'« Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle ». Ces adaptations terminologiques ont été imposées par l'adoption du Traité de Lisbonne.

³⁶⁹ Considérant 6 du Règlement n° 2015/2424.

ii. Brevet de l'Union européenne

- 206 Il en va de même du brevet européen. Les États membres de l'Union européenne, désireux de réformer le système des brevets européens et d'éviter le morcellement national, cherchent depuis longtemps à trouver un système qui aurait un effet unitaire pour l'ensemble de l'Union. Les États membres n'ont cependant pas réussi à s'entendre sur le régime linguistique du brevet unitaire (l'unanimité étant requise) et ont été contraints de mettre sur pied une procédure de coopération renforcée³⁷⁰.
- 207 En 2011 et après des décennies de discussions, le brevet unitaire³⁷¹ a vu le jour suite à une décision du Conseil de l'Union européenne, dans le cadre de la coopération renforcée³⁷². Fin 2012, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen ont adopté les règlements relatifs au brevet unitaire³⁷³. Ces règlements ne seront toutefois appliqués qu'à partir de l'entrée en vigueur de l'Accord relatif à une juridiction unifiée en matière de brevets³⁷⁴, qui représente le second volet de la réforme législative. Cet accord nécessite en effet d'être ratifié par treize États – dont l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni – pour entrer en vigueur³⁷⁵.
- 208 Lorsque les règlements seront finalement appliqués, le système actuel qui prévoit l'obligation de valider le brevet européen dans tous les États dans lesquels le propriétaire souhaite faire protéger son brevet – ce qui nécessite de nombreuses et lourdes démarches administratives – sera remplacé par un nouveau système. Selon ce système, la protection d'un brevet unitaire délivré par l'Office européen des brevets sera automatiquement étendue au territoire de tous les États membres qui participent à cette coopération renforcée, et ceci dans la langue utilisée pour délivrer le brevet³⁷⁶.

³⁷⁰ ARNOLD RICHARD, *European Harmonization Measures*, p. 29.

³⁷¹ Également appelé « brevet de l'Union européenne », terme ayant supplanté, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le terme « brevet communautaire ».

³⁷² Décision sur une coopération renforcée. Voir à ce sujet BRINKHOF JAN/OHLY ANSGAR, *Unified Patent Court in Europe*, p. 200 ss.

³⁷³ Règlement (UE) n° 1257/2012 et Règlement (UE) n° 1260/2012.

³⁷⁴ Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, JOUE C 175, p. 1-40.

³⁷⁵ A l'heure où nous écrivons ces lignes, le Royaume-Uni a voté le « Brexit ». Nonobstant cet élément, le gouvernement britannique a récemment annoncé – en date du 28 novembre 2016 – sa volonté de ratifier ledit accord, de sorte que le Brexit ne devrait finalement pas faire obstacle à son entrée en vigueur.

³⁷⁶ Office européen des brevets, Brevet unitaire/brevet de l'UE, accessible sur http://www.epo.org/news-issues/issues/unitary-patent_fr.html. Sur les raisons qui ont abouti à la création du brevet unitaire, voir Luginbuehl Stefan, *Patent Law*, p. 185 ss.

- 209 Le brevet de l'Union européenne n'est ainsi pas un nouveau type de brevet en soi, mais possède une caractéristique particulière, soit un effet unitaire pour l'ensemble de l'Union européenne. En vertu de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, le brevet de l'Union européenne sera ainsi soumis à un seul tribunal unifié des brevets³⁷⁷. Toutefois, selon Smits et Bull, « (...) *the focus is most certainly not on creating a unified European court, but rather on convergence of substantive law* (...) »³⁷⁸.

3. Absence de droit uniforme déterminant

- 210 Les principaux instruments internationaux, tels que la Convention de Paris, la Convention de Berne et l'ADPIC, qui ont été ratifiés par bon nombre d'États, ont effectivement harmonisé les droits de propriété intellectuelle en instaurant, notamment, des standards de protection minimaux. Cependant, contrairement à un droit uniforme, une protection minimale n'est pas en soi suffisante pour prévenir les litiges internationaux³⁷⁹. Les États ont en effet une grande latitude pour transposer ces standards dans leur propre droit national³⁸⁰. Cette situation entraîne des disparités interétatiques et ouvre ainsi la porte à des litiges internationaux.
- 211 Ces instruments n'ont ainsi pas abouti à une harmonisation complète des systèmes juridiques. En outre, ils ne contiennent pas de règles de conflit permettant de déterminer quel système juridique a vocation à s'appliquer. Un type de clause mérite toutefois une brève mention : celle du traitement national. Cette clause garantit au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle un traitement égal sans distinction fondée sur l'origine du droit (not. art. 5 al. 2 Convention de Berne, art. 3 ADPIC). Le principe du traitement national est-il une règle de conflit de lois à proprement parler ? La doctrine est partagée³⁸¹. En effet, selon une partie de la doctrine, la seule manière de garantir un traitement identique entre nationaux et étrangers est d'appliquer à tous le même droit, à savoir le droit de l'État selon lequel la protection est revendiquée (« *lex protectionis* »). De ce point de vue, on pourrait discerner une coloration conflictuelle à la règle du traitement national.

³⁷⁷ Voir à ce sujet, BRINKHOF JAN/OHLY ANSGAR, *Unified Patent Court in Europe*, p. 209 ss.

³⁷⁸ SMITS JAN/BULL WILLIAM, *Patent Law*, p. 46, lesquels sont en faveur d'un brevet unitaire européen mais n'approuvent pas la constitution d'un tribunal unifié des brevets ayant une compétence exclusive.

³⁷⁹ BERMAN PAUL SHIFF, *Jurisdiction*, p. 390 ss.

³⁸⁰ DREYFUSS ROCHELLE, *An Alert to the IP Bar*, p. 423 s.

³⁸¹ Sur cette divergence doctrinale, voir KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, *General Report*, p. 16 ss.

Toutefois, l'élément « règle de conflit de lois » est relégué au second plan et ne représente en réalité que la conséquence du principe de non-discrimination de l'art. 5 al. 2 Convention de Berne³⁸². Par conséquent, il faut admettre que les instruments internationaux visant à harmoniser la propriété intellectuelle ne contiennent pas de règles de droit international privé.

- 212 Les instruments d'harmonisation des droits de propriété intellectuelle ne résolvent donc pas les problèmes liés aux litiges internationaux, et notamment les problèmes liés aux nouvelles technologies et au caractère ubiquitaire d'Internet³⁸³.
- 213 C'est dans ce cadre que l'idée d'une convention internationale fixant notamment des règles de compétence internationale aurait présenté un intérêt tout particulier.

C. Projet de Convention de La Haye sur les jugements

- 214 Alors que le mouvement d'harmonisation des droits de propriété intellectuelle à l'échelle internationale s'est rapidement mis en place³⁸⁴, il a fallu attendre la fin du 20^{ème} siècle pour voir apparaître les prémisses du droit international privé de la propriété intellectuelle unifié. Ces premiers pas furent accompagnés d'après négociations dans le cadre de l'élaboration d'une Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale³⁸⁵, élaboration réalisée sous l'égide de la Conférence de La Haye³⁸⁶.
- 215 La première convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale a été conclue à Bruxelles le 27 septembre 1968³⁸⁷, laquelle a été suivie de la Convention de Lugano en date du 16 septembre 1988³⁸⁸. Ces deux conventions ne s'appliquent cependant qu'aux États européens et ne concernent pas le reste du monde. Les États-Unis ont ainsi

³⁸² DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109-111 LDIP, n° 9-11, p. 892 s., DESSEMENTET FRANÇOIS, Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace, p. 488 s. ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 227. *Contra* : SCHACK HAIMO, p. 661.

³⁸³ Voir également DREYFUSS ROCHELLE, An Alert to the IP Bar, p. 423 s.

³⁸⁴ Voir *supra* Chapitre premier, IV, B.

³⁸⁵ Voir NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye.

³⁸⁶ La Conférence de La Haye de droit international privé est une organisation intergouvernementale dont la tâche principale est l'élaboration d'instruments internationaux en droit international privé.

³⁸⁷ Voir *infra* Chapitre premier, V, B, 2, b). Pour une analyse de cette convention, voir KESSEDJIAN CATHERINE, Les échanges de données informatisées, p. 1 ss.

³⁸⁸ Voir *infra* Chapitre premier, V, B, 3, b).

proposé, le 5 mai 1992, à la Conférence de La Haye (ci-après : la Conférence) de créer un groupe de travail en vue de l'adoption d'une convention sur la compétence ainsi que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers³⁸⁹. La question a ainsi été mise à l'ordre du jour lors de la Dix-septième session de la Conférence qui s'est tenue en mai 1993, session lors de laquelle a été décidée la création d'une Commission spéciale destinée à étudier les problèmes soulevés par une telle convention³⁹⁰. Les travaux préparatoires qui ont fait suite ont pris fin en 1996 par la décision « (...) d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-neuvième session la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile »³⁹¹. Il a fallu attendre 1999 pour que l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale soit adopté par la Commission spéciale³⁹².

- 216 En substance, le texte proposé reprend dans les grandes lignes les Conventions de Bruxelles et de Lugano³⁹³. À noter toutefois que l'avant-projet prévoyait également le principe du *forum non conveniens*, emprunté aux pays de *common law*³⁹⁴, principe qui n'avait pas été retenu dans lesdites conventions.
- 217 On remarquera que la Commission spéciale n'a malheureusement pas trouvé de consensus sur certains éléments essentiels, dont deux points relevant pour la présente étude³⁹⁵. Le premier concerne la compétence juridictionnelle en matière de commerce électronique et le deuxième a trait à la compétence en matière de propriété intellectuelle. Au vu de l'adoption de l'avant-projet à une petite majorité, laissant ainsi sur la touche de nombreux États, et dans la mesure où certains États qui avaient adopté l'avant-projet étaient déjà parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano³⁹⁶, « (...) *it would have been likely to add little to the existing legal situation* »³⁹⁷. Il a ainsi été décidé de suspendre les négociations formelles pour entreprendre des négociations spécifiques sur des sujets sensibles³⁹⁸. Des groupes d'experts ont ainsi été formés en vue d'examiner,

³⁸⁹ HCCH, Lettre, p. 1-3.

³⁹⁰ Voir HCCH, Liste récapitulative commentée des problèmes relatifs à la Convention, p. 1 ss.

³⁹¹ HCCH, Acte final 18^{ème} session, B. point 1, p. 46.

³⁹² Pour consulter l'avant-projet, voir NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye, p. 4 ss.

³⁹³ SCHULZ ANDREA, The Hague Conference Project for a Convention, p. 6.

³⁹⁴ NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye, p. 87.

³⁹⁵ Pour une liste des sujets pour lesquels il n'a pas été trouvé de consensus, voir HCCH, État actuel des négociations, p. 1 ss.

³⁹⁶ SCHULZ ANDREA, The Hague Conference Project for a Convention, p. 8.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ Voir HCCH, Note sur les travaux des réunions informelles, p. 1 ss.

notamment, les questions relatives à la propriété intellectuelle (1) et au commerce électronique (2).

1. Propriété intellectuelle

- 218 Un groupe d'experts s'est réuni à Genève en février 2001 pour examiner les questions relatives à la propriété intellectuelle dans le cadre du projet de convention de La Haye³⁹⁹.
- 219 En matière de propriété intellectuelle, l'art. 12 par. 4 à 6 de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers disposait que :
- 220 « 4. Si l'action porte sur l'inscription, la validité [, ou] la nullité [, la résiliation ou la violation des droits résultant] de brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou enregistrement, sont seuls compétents les tribunaux de l'État contractant dans lequel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale. Cette règle ne s'applique pas aux droits d'auteur ni aux droits voisins même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement.
- [5. En ce qui concerne les actions portant sur la violation d'un brevet, le paragraphe précédent n'exclut pas la compétence de tout autre tribunal en vertu de la Convention ou du droit national d'un État contractant.]
- [6. Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le tribunal est saisi de ces questions à titre incident.] »⁴⁰⁰.
- 221 Le texte reprend ainsi la compétence exclusive en matière de propriété industrielle des tribunaux du lieu de l'enregistrement qui figure dans la Convention de Bruxelles et dans la Convention de Lugano⁴⁰¹. Ces dispositions excluent ainsi de leur champ d'application les droits d'auteur et les droits voisins, car ces derniers ne sont pas l'objet de dépôt ou d'enregistrement : « (...) la Commission spéciale a estimé préférable de ne pas les inclure dans une règle qui prévoit une compétence exclusive et qui, pour cette raison, aurait rencontré des difficultés dans son application »⁴⁰².

³⁹⁹ HCCH, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 1 ss.

⁴⁰⁰ NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye, p. 9.

⁴⁰¹ Voir *infra* Chapitre deuxième, IV, C.

⁴⁰² *Idem*, p. 69.

- 222 Dans le cadre des négociations lors de l'avant-projet, des réticences se sont fait sentir au sein des délégations. Le Japon a émis des inquiétudes sur l'inclusion de la propriété intellectuelle dans la future convention et les États-Unis ne se sont pas montrés favorables au texte tel qu'il ressortait de l'avant-projet, en particulier en ce qui concerne la compétence *in personam* qu'ils jugeaient inacceptable dans l'hypothèse où le défendeur n'a aucun lien avec la juridiction saisie⁴⁰³.
- 223 Les avis ont divergé sur la possibilité d'étendre la compétence exclusive aux droits d'auteur ainsi qu'aux litiges relatifs à la violation des marques et brevets⁴⁰⁴. Aucun consensus n'a pu être trouvé sur ce sujet⁴⁰⁵. Il en a été de même quant à l'interprétation du concept de question soulevée « à titre incident » de l'art. 12 par. 6 de l'avant-projet, marquant ainsi le clivage entre les pays de droit civil et ceux de *common law*⁴⁰⁶.
- 224 Au vu de l'absence de consensus, il a été décidé de reporter la discussion relative aux droits de propriété intellectuelle à une réunion ultérieure⁴⁰⁷. En avril 2001, le groupe de travail a décidé de se distancer de l'art. 12 par. 4 à 6 de l'avant-projet et de traiter sur une base nouvelle chaque droit de propriété intellectuelle, de manière séparée, en fonction de ses spécificités⁴⁰⁸.
- 225 En matière de droit des brevets et des marques, il a notamment été proposé, malgré certaines réticences⁴⁰⁹, d'étendre la compétence exclusive de l'État de dépôt ou d'enregistrement aux procédures relatives à la violation desdits droits. En matière de droit d'auteur, les experts ont été plus réservés sur les dispositions applicables, notamment par manque de temps. Ils se sont ainsi limités à lister les options qui se présentaient en la matière, parmi lesquelles se trouvait l'exclusion pure et simple des droits d'auteur du champ d'application de la Convention⁴¹⁰.
- 226 Les experts ont toutefois été unanimes sur le fait que la question des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet devait être approfondie. Les fournisseurs de services Internet et les représentants des consommateurs ont en

⁴⁰³ HCCH, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 1.

⁴⁰⁴ Sur les positions des différents États, voir HCCH, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 4 s.

⁴⁰⁵ HCCH, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 5.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 6.

⁴⁰⁷ HCCH, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 11.

⁴⁰⁸ HCCH, Note sur les travaux des réunions informelles, Annexe IV, p. 10.

⁴⁰⁹ Voir à ce sujet HCCH, Note sur les travaux des réunions informelles, Annexe IV, p. 10, note de bas de page 4 pour les brevets, et p. 11, note de bas de page 9, pour les marques.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 12 s. Pour consulter la liste des options retenues par le groupe d'expert en matière de droits d'auteur, voir *Idem*, p. 13.

effet élevé de sérieuses craintes sur une éventuelle responsabilité extraterritoriale⁴¹¹.

2. Internet

- 227 Un autre groupe d'experts s'est réuni du 28 février au 1^{er} mars 2000 pour étudier la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux en matière de commerce électronique⁴¹². Il s'est notamment penché sur l'art. 10 de l'avant-projet qui traitait de la compétence en matière délictuelle. La disposition prévoyait un for au « (...) lieu de l'acte ou l'omission à l'origine du dommage »⁴¹³, ou au lieu « (...) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature (...) »⁴¹⁴. Selon les experts, la clause, bien que classique, était mal adaptée à l'environnement d'Internet. Selon eux, la preuve du fait qu'il n'était raisonnablement pas possible de prévoir que l'acte serait susceptible de produire un dommage n'est pas appropriée, car « (...) les sites Internet fonctionnent un peu comme des journaux distribués partout dans le monde. Celui qui télécharge une information diffamatoire sur un site peut prévoir, raisonnablement, qu'elle peut être lue partout dans le monde »⁴¹⁵.
- 228 Le groupe d'experts s'est également penché sur l'art. 7 de l'avant-projet. Cette disposition concernait la compétence en matière contractuelle, et plus particulièrement en matière de contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Le groupe d'experts a évoqué l'idée d'une compétence juridictionnelle basée sur la notion de ciblage. « Si l'entreprise a ciblé particulièrement les consommateurs d'un pays ou d'un autre, il serait alors cohérent d'admettre la compétence des tribunaux de ce pays pour les consommateurs résidents sur son territoire. En revanche, si le professionnel utilise un site non-sophistiqué, c'est-à-dire ne permettant pas de cibler certains consommateurs, aucune conclusion particulière ne pourrait en être tirée du point de vue de la compétence juridictionnelle »⁴¹⁶. Cette approche n'a cependant pas

⁴¹¹ *Idem*, p. 13.

⁴¹² KESSEDJIAN CATHERINE, Commerce électronique et compétence, p. 1 ss.

⁴¹³ Art. 10 al. 1 let. a) reproduit dans NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye, p. 9.

⁴¹⁴ Art. 10 al. 1 let. b) reproduit dans NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye, p. 9.

⁴¹⁵ KESSEDJIAN CATHERINE, Commerce électronique et compétence, p. 8.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 7.

été retenue en matière contractuelle⁴¹⁷. Le groupe a toutefois relevé l'importance d'adapter la convention au commerce électronique⁴¹⁸. Bien qu'elle ait été considérée en matière contractuelle, la notion de ciblage évoquée par le groupe d'experts mérite une attention particulière, dès lors que, ainsi que nous le verrons par la suite, cette notion a été utilisée par certains tribunaux pour admettre/exclure leur compétence lors de litiges en matière de contrefaçon sur Internet.

- 229 Dans son rapport détaillé, le groupe d'experts est ainsi arrivé à la conclusion que « [c]ompte tenu de l'essor du commerce électronique envisagé pour les toutes prochaines années, il ne serait pas judicieux de l'exclure du domaine matériel de la Convention »⁴¹⁹. Aucun consensus n'a toutefois pu être dégagé⁴²⁰.
- 230 Dans ce cadre, un rapport relatif à l'impact d'Internet sur le projet de convention a été rendu en 2002⁴²¹. Le rapport relève que l'art. 10 de l'avant-projet et les négociations qui s'y rapportaient opéraient une distinction classique entre le lieu de l'acte dommageable (« pays d'origine ») et le lieu du résultat de l'acte dommageable (« pays de destination »)⁴²². Aux termes de ce rapport, aucune des deux approches n'est idéale⁴²³. Les entreprises et les utilisateurs d'Internet préféreront une approche basée sur le for au lieu de l'acte dommageable afin d'éviter d'être potentiellement attirés devant les tribunaux d'une multitude de pays appliquant potentiellement une multitude de droits matériels⁴²⁴. Le risque étant de voir les sociétés malveillantes s'installer dans des pays dont le système judiciaire leur est favorable. L'approche basée sur le for au lieu du résultat, permettrait, quant à elle, aux États dont le territoire n'a pas été particulièrement ciblé, de fonder la compétence de leurs tribunaux lorsqu'un dommage est subi sur leur territoire⁴²⁵. Cette approche impliquerait toutefois que les jugements « (...) pourront être reconnus et exécutés dans tous les États Membres Contractants et auront des effets sur l'information et les activités réalisées sur Internet dans le monde entier »⁴²⁶.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ KESSEDJIAN CATHERINE, Commerce électronique et compétence, p. 13.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 37.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 1 ss. Ledit rapport avait pour objet de proposer de nouvelles pistes de réflexion en la matière et de recentrer le débat.

⁴²² *Idem*, p. 7.

⁴²³ *Idem*, p. 7 ss.

⁴²⁴ *Idem*, p. 7.

⁴²⁵ *Idem*, p. 12.

⁴²⁶ *Ibidem*.

- 231 En conclusion, en raison de l'absence de consensus dans certains domaines – et en particulier en matière de propriété intellectuelle et en matière d'Internet –, il a été proposé de rediriger les négociations d'une convention internationale future sur les accords d'élection de for afin de mettre l'accent « (...) de prime abord sur les questions pour lesquelles un accord élémentaire règne sur les considérations de politique et d'orientation »⁴²⁷.
- 232 Les négociations ont finalement abouti à la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2015. Il a en effet été estimé que cet aspect particulier aurait davantage de chances de réunir un consensus entre les États parties à la négociation que les questions liées à la compétence internationale. Dans la mesure où les clauses d'élection de for sortent du cadre de la présente étude⁴²⁸, la convention ne présente pas d'intérêt particulier pour notre étude. On peut toutefois relever que la violation des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, est exclue du champ d'application de la convention⁴²⁹, alors que la violation des droits d'auteur est comprise dans son champ d'application⁴³⁰.
- 233 Le projet de convention sous sa forme initiale n'a pas pour autant été entièrement abandonné. Les travaux, qui ont repris en 2012, se concentrent désormais sur l'élaboration d'une convention portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements⁴³¹.

D. Conclusions intermédiaires

- 234 Comme nous venons de le voir, il n'existe pas de droit international privé de la propriété intellectuelle à proprement parler.
- 235 D'une part, les instruments d'harmonisation de la propriété intellectuelle ne donnent pas de solutions de droit international privé.
- 236 D'autre part, il n'existe pas d'instrument universel de droit international privé dans ce domaine. La tentative d'élaboration d'une convention internationale au

⁴²⁷ HCCH, État actuel des négociations, p. 8.

⁴²⁸ Voir *infra* Chapitre premier, V, A.

⁴²⁹ L'art. 2 par. 2 let. o) exclut en effet les procédures en contrefaçon des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins. La disposition contient toutefois une exception de taille relative aux litiges fondés sur un contrat. Cette hypothèse sort toutefois du cadre de la présente étude. Pour une explication de cette disposition, voir HARTLEY TREVOR/DOGAUCHI MASATO, Rapport explicatif, p. 784 ss.

⁴³⁰ HARTLEY TREVOR/DOGAUCHI MASATO, Rapport explicatif, p. 796.

⁴³¹ Voir à ce sujet, HCCH, Projet sur les Jugements – Rapport de la quatrième réunion, p. 1 ss.

sein de la Conférence de La Haye s'est heurtée aux difficultés posées par certaines matières, parmi lesquelles on peut mentionner notamment les droits de propriété intellectuelle et Internet. Les particularités de ces domaines ont largement contribué à l'échec de cette convention. Depuis lors, aucune convention de droit international privé, qu'elle soit générale ou qu'elle soit spécifique aux droits de propriété intellectuelle ou à Internet, n'a vu le jour.

- 237 En conséquence, les règles applicables aux litiges internationaux en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle doivent ainsi être recherchées à un niveau inférieur, c'est-à-dire dans les différents droits nationaux.

V. Délimitation de l'objet de la présente étude

A. Compétence internationale

- 238 « *As technological progress has increased the flow of commerce between States, the need for jurisdiction over nonresidents has undergone a similar increase.* »⁴³²
- 239 Notre étude se concentrera sur le premier des piliers du droit international privé, à savoir les questions relatives à la compétence internationale du juge.
- 240 La détermination de la compétence internationale du juge de la contrefaçon – c'est-à dire le juge qui va devoir trancher un litige concernant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle – représente le préalable à tout litige. Elle revêt une importance prépondérante en pratique lorsqu'une personne entend faire respecter ses droits⁴³³. Le demandeur choisira le tribunal en fonction des possibilités de for qui lui sont offertes et de ses intérêts en procédant à une analyse minutieuse des avantages et des inconvénients que les juridictions peuvent lui apporter⁴³⁴.
- 241 En principe, il aura intérêt à saisir les tribunaux de l'État dans lequel il est domicilié⁴³⁵. La connaissance et la proximité des institutions ainsi que du droit qu'elles pratiquent représentent en effet un atout indéniable. Au surplus, si l'autorité saisie se déclare compétente, elle cherchera dans un deuxième temps quel est le droit applicable au litige qui lui est présenté. Le demandeur averti peut de la sorte anticiper le droit applicable en fonction du tribunal compétent. Il arrive

⁴³² Arrêt *Hanson v. Denckla*, p. 250 s.

⁴³³ GIRSBERGER DANIEL, *Schutzrechte und Kollisionsrecht* ?, p. 47 ; SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 17 ss.

⁴³⁴ SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 4.

⁴³⁵ HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, p. 49.

ainsi que le demandeur soit tenté de procéder à un « *forum shopping* », soit de choisir les tribunaux auxquels il entend soumettre sa demande afin d'obtenir l'application d'un droit qui lui serait plus favorable⁴³⁶. Le choix du tribunal compétent, et ainsi du droit applicable, peut être motivé par des facteurs psychologiques, financiers (certains États sont connus pour leur procédures particulièrement coûteuses), linguistiques, mais également des facteurs liés à la procédure elle-même, notamment au niveau de l'instruction des preuves et au niveau de la rapidité de l'appareil judiciaire⁴³⁷. Il peut s'agir au surplus d'éviter certains droits et en particulier leurs sanctions, comme par exemple les « *punitive damages* » de droit américain⁴³⁸.

- 242 Certaines personnes physiques ou morales n'hésitent d'ailleurs pas à utiliser les règles de droit international privé à des fins stratégiques en implantant leur domicile ou leur siège dans un État dont le droit leur est favorable. Dans le domaine des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, le risque de ces manœuvres est de créer des « paradis numériques »⁴³⁹. La compétence du juge peut également être manipulée lorsque l'une des parties conteste l'inscription ou la validité du titre de propriété intellectuelle, même par voie d'exception, afin de renvoyer l'affaire devant le juge de l'État sur le territoire duquel le titre a été délivré⁴⁴⁰.
- 243 L'introduction de la demande devant les tribunaux emporte également, dans certains systèmes juridiques, litispendance. Les règles de litispendance permettent de coordonner la compétence internationale dans le cas où deux litiges sont pendants dans deux États différents. L'application de ces règles mettra en échec, à certaines conditions, la tenue d'un procès introduit postérieurement dans un autre État entre les mêmes parties et pour le même objet. La litispendance internationale met en place un système de préséance qui définit quel tribunal doit

⁴³⁶ GUILLAUME FLORENCE, Droit international privé, p. 36. Voir également : HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 9 ss ; VÉRON PIERRE, Stratégie contentieuse, p. 239 ss.

⁴³⁷ Pour un aperçu des avantages et inconvénients des systèmes juridictionnels au Royaume-Uni, en Allemagne, aux Pays-Bas et en France en matière de contentieux portant sur des brevets d'invention, voir VÉRON PIERRE, Stratégie contentieuse, p. 231 ss.

⁴³⁸ Selon WEINTRAUB RUSSELL J., Conflict of Laws, p. 294 s., les tribunaux américains sont très attractifs en termes de réparation du dommage ainsi qu'en termes d'accès à la justice et peuvent en conséquence être qualifiés de « *Magnet Forum* ». Pour une brève introduction sur les condamnations sous forme de « *punitive damages* » en droit de *common law* et en Europe, voir MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 53.

⁴³⁹ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 167 ; GELLER PAUL EDWARD, Internet Remedies, p. 126 ; SIRINELLI PIERRE, Village virtuel et création normative, p. 10.

⁴⁴⁰ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 159. Au sujet des compétences exclusives, voir *infra* Chapitre deuxième, IV, C.

se dessaisir de l'affaire au profit de l'autre⁴⁴¹. Cette notion n'est cependant pas connue de tous les systèmes juridiques. En effet, les tribunaux américains ne connaissent pas la litispendance internationale, mais appliquent des règles de courtoisie internationale⁴⁴². Ces dernières relèvent cependant du pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

- 244 A l'instar des « actions torpilles », la litispendance, a été utilisée comme arme procédurale. En effet, lorsque deux demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant les juridictions d'États différents, la juridiction saisie en second lieu doit surseoir à statuer en vertu des règles de litispendance. Il suffit ainsi aux contrefacteurs de déposer une action en constatation de l'absence de violation du droit dans un pays réputé pour la lenteur de son appareil judiciaire pour paralyser les moyens d'action du lésé⁴⁴³.
- 245 Finalement, la compétence internationale joue également un rôle social. En Europe, les citoyens domiciliés sur sol européen ont le droit d'être attirés devant le for de leur domicile, ce qui leur permet de bénéficier des garanties procédurales applicables devant les tribunaux européens⁴⁴⁴. Cette possibilité pour les personnes domiciliées sur le territoire d'un État européen de pouvoir bénéficier des garanties procédurales européennes, et ainsi d'un jugement européen, est particulièrement importante pour les litiges impliquant un élément d'extranéité localisé à l'extérieur des frontières européennes. On retrouve le même système en droit suisse⁴⁴⁵.
- 246 La détermination de la compétence internationale représente ainsi une étape cruciale dans une procédure. La saisie d'un tribunal détermine non seulement de manière indirecte le droit applicable au litige (en vertu des règles de conflit de lois prévues par le droit du for)⁴⁴⁶, avec toutes les conséquences que cela implique, mais entraîne également des effets procéduraux au niveau de la litispendance et des règles de préséance internationale. Les règles de compétence internationale nous paraissent ainsi être essentielles.

⁴⁴¹ GUILLAUME FLORENCE, *Droit international privé*, p. 72 ss.

⁴⁴² GOLDSTEIN PAUL/HUGENHOLTZ BERNT P., *International Copyright*, p. 125.

⁴⁴³ Voir à ce sujet HESS BURKHARD/PFEIFFER THOMAS/SCHLOSSER PETER, *Report Brussels I*, n° 804 ss, p. 330 ss. Voir également not. AZZI TRISTAN, *Conflits de procédures*, p. 217 ss ; BRINKHOF JAN/OHLY ANSGAR, *Unified Patent Court in Europe*, p. 207 ss ; FRANZOSI MARIO, p. 382-385 ; LUGINBUEHL STEFAN, *Patent Law*, p. 54 ss ; VÉRON PIERRE, *Trente ans d'application de la CB*, p. 823 ss.

⁴⁴⁴ Voir art. 2 CB et CL.

⁴⁴⁵ Voir notamment art. 2 LDIP.

⁴⁴⁶ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 19.

- 247 C'est la raison pour laquelle cette étude ne portera que sur la compétence internationale du juge de la contrefaçon. C'est ainsi dans un souci de concision que le droit applicable ainsi que la reconnaissance des décisions étrangères ne seront pas traités dans la présente étude.
- 248 Notre étude s'axera, plus spécifiquement, sur l'interprétation des règles de conflit de juridictions applicables en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet. L'objet de notre étude exclut en conséquence les clauses attributives de juridiction ainsi que l'acceptation tacite de compétence. L'élection de for relève en effet de l'autonomie de la volonté des parties au litige et ne présente pas de particularités relatives aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises par le biais d'Internet, telles que mentionnées ci-dessus⁴⁴⁷. Les parties restent ainsi libres, notamment en fonction du droit applicable, de convenir du tribunal qui sera amené à trancher leur litige. Quant à l'acceptation tacite de compétence, qui se produit lorsque le défendeur se soumet à la compétence du juge saisi sans soulever l'exception d'incompétence, elle sort du cadre de la présente étude pour les mêmes raisons.

B. Systèmes juridiques choisis

- 249 En l'absence de règles unifiées par la voie conventionnelle à l'échelon international, le recours aux règles du droit international privé interne, avec tous les inconvénients que la diversité des règles applicables engendre, rend la détermination du juge compétent particulièrement ardue. Pour cette raison, nous avons sélectionné trois systèmes juridiques topiques pour servir de cadre de référence dans la présente étude. Nous examinerons ainsi en droit américain (1), en droit européen (2) et en droit suisse (3) quelles sont les règles applicables pour déterminer le juge compétent en matière de violation de droits de propriété intellectuelle commise sur Internet.

1. Droit américain

a) Cadre général

- 250 Lorsqu'il s'est agi de délimiter le cadre de la présente étude, notre choix s'est naturellement porté sur le droit américain. Le droit américain est en effet incontournable en matière de délits commis au moyen d'Internet. Les États-Unis étant le berceau du *World Wide Web*, soit d'Internet dans sa forme actuelle, ils

⁴⁴⁷ Chapitre premier, II et III.

hébergent bon nombre des plus grandes entreprises actives sur Internet. Par conséquent, la plupart des transactions effectuées par ce biais entraînent directement ou indirectement un lien avec le territoire américain.

- 251 En matière de propriété intellectuelle, ce pays est « de loin le premier producteur de produits protégés par le droit d’auteur (films, enregistrements musicaux et logiciels) »⁴⁴⁸. A l’échelle mondiale, les États-Unis sont ainsi parmi les pays qui subissent les plus fortes pertes liées au piratage du droit d’auteur⁴⁴⁹.
- 252 A l’ère de la mondialisation, cette étude ne serait de la sorte pas complète si elle ne considérait pas le droit américain. De par son histoire et sa place économique mondiale en matière de nouvelles technologies, les États-Unis ont rapidement dû faire face aux problématiques engendrées par les litiges commis au moyen d’Internet. Ce pays a ainsi dû s’adapter à la nature ubiquitaire de ce type de litiges, entraînant une évolution jurisprudentielle particulièrement riche en matière d’atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises par ce biais. Les principes dégagés par les tribunaux américains ont eu un large écho et ont ainsi été relayés à large échelle, notamment en Europe.

b) Systématique des règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle

- 253 A titre liminaire, il convient de relever que le droit américain ne connaît pas la notion de droit international privé telle que nous la connaissons en droits européen et suisse. Les règles de droit international privé sont désignées par la notion de « *Conflict of Laws* », qui, contrairement à ce que ce terme pourrait laisser penser⁴⁵⁰, englobe tant les règles de conflit de juridictions que les règles de conflit de lois et les règles sur la reconnaissance et l’exécution des décisions étrangères⁴⁵¹.
- 254 « *The law of ‘Conflict of Laws’ is the branch of the law that aspires to provide solutions to international or interstate legal disputes between persons or entities* »⁴⁵². Les règles américaines de droit international privé tendent ainsi à régler les litiges entre individus tant sur le plan international qu’interétatique. En conséquence, les règles de droit international privé s’appliqueront de manière

⁴⁴⁸ OCDE, Les incidences économiques de la contrefaçon, p. 43 s.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ Les règles de conflit de lois sont communément désignées par le terme « *Choice of Law* ».

⁴⁵¹ HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, p. 1; SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 3.

⁴⁵² SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 1.

identique, que le litige s'inscrive dans le cadre d'un conflit international ou d'un conflit interne impliquant plusieurs États américains.

- 255 En droit américain, il n'existe pas de dispositions de droit international privé régissant spécifiquement la compétence en matière de violation de droits de propriété intellectuelle en ligne. Il convient ainsi de déterminer quelles sont les règles applicables en la matière et où les trouver. A ce stade, une brève introduction générale sur les sources du droit américain s'impose.
- 256 La Constitution américaine incarne la loi suprême. Aucune loi ne peut lui être contraire⁴⁵³. Il existe ensuite des lois fédérales et des lois étatiques (au niveau de chaque État). La législation fédérale comprend toutes les lois fédérales qui sont consignées dans un recueil de lois, le *United States Code* (USC). En cas de conflit, la législation étatique cède le pas à la législation fédérale⁴⁵⁴. Parallèlement à la législation, et au même niveau qu'elle, se trouvent les traités internationaux. Finalement, il convient de relever l'importance des décisions jurisprudentielles qui, dans les pays de *common law*, ont valeur de précédents.
- 257 En matière de droit international privé, le droit américain ne connaît pas de codification telle que nous la connaissons en droits européen et suisse. Il existe ainsi autant de réglementations que d'États américains⁴⁵⁵.
- 258 Les règles de conflit de juridictions sont désignées par le terme « *jurisdiction* », lequel comprend aussi bien les règles de compétence personnelle que matérielle. En droit américain, le terme « *jurisdiction* » peut toutefois être trompeur à mesure qu'il comprend plusieurs sens. En effet, en ajoutant certains adjectifs, tels que « *prescriptive* » *jurisdiction* ou « *adjudicative* » *jurisdiction*, ces termes peuvent définir des notions traditionnellement distinctes. En substance, « *prescriptive jurisdiction* », parfois également appelée « *legislative jurisdiction* », se réfère au droit applicable alors que « *adjudicative jurisdiction* » se réfère à la compétence d'un tribunal pour trancher un litige qui lui est soumis⁴⁵⁶. Dans la présente étude, nous nous concentrerons sur les règles relatives à l'« *adjudicative jurisdiction* », soit les règles régissant la compétence des tribunaux américains. Nous ne nous

⁴⁵³ Selon l'art. 6 § 2 US Cst., « [t]his Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof ; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land ; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. ».

⁴⁵⁴ Art. 6 § 2 US Cst.

⁴⁵⁵ SYMEONIDES SYMEON C., United States of America, p. 22.

⁴⁵⁶ Pour un aperçu plus fouillé de ces notions, voir COLANGELO ANTHONY J., Extraterritorial jurisdiction, p. 1310 s.

attarderons que très brièvement sur la *prescriptive jurisdiction* et uniquement dans la mesure où cela est nécessaire pour comprendre les mécanismes qui sous-tendent l'acceptation de leur compétence par les autorités américaines.

- 259 En substance, selon le système américain, lorsque le tribunal saisi d'un litige examine sa compétence pour trancher le litige qui lui est soumis, il devra examiner sa compétence *ratione materiae* et *ratione personae*. Si le défendeur a son domicile dans un des États des États-Unis, la compétence des tribunaux de cet État est généralement donnée. Par contre, si le défendeur est domicilié à l'étranger (ie. hors des États-Unis), le tribunal devra examiner sa compétence matérielle (i) et personnelle (ii) au cas par cas et de manière plus approfondie.

i. Compétence *ratione materiae*

- 260 La compétence *ratione materiae* (« *Subject Matter Jurisdiction* ») délimite le pouvoir du tribunal de se prononcer sur certains types de litiges⁴⁵⁷. L'exercice de la compétence matérielle des tribunaux est délimité par la Constitution américaine⁴⁵⁸. L'organisation judiciaire américaine comprend les tribunaux étatiques (« *State Courts* ») et les tribunaux fédéraux (« *Federal Courts* »). En matière de propriété intellectuelle, il n'existe pas de source unique. Dès lors que la propriété intellectuelle est constituée de plusieurs droits distincts, les sources régissant ces droits doivent être recherchées dans la Constitution, dans les lois fédérales et étatiques, dans les traités ainsi que dans le droit de *common law*. Chaque droit de propriété intellectuelle a ainsi une source qui lui est propre⁴⁵⁹. Les droits d'auteur sont protégés par le « Copyright Act », les brevets par le « Patent Act » et les marques par le « Lanham Act ». Selon le code judiciaire⁴⁶⁰,

⁴⁵⁷ Second Restatement, Note introductive n° 100. L'« *adjudicative jurisdiction* » permet, par exemple, de déterminer si le litige doit être porté devant un tribunal civil ou administratif, ou devant un tribunal spécial ou général. Voir à ce sujet VON MEHREN ARTHUR T., *Adjudicatory Jurisdiction*, p. 283.

⁴⁵⁸ L'art. 3 § 2 US Cst. prévoit que « [t]he judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority ; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls ; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction ; - to Controversies to which the United States shall be a Party ; - to Controversies between two or more States ; - [between a State and Citizens of another State ; -] * between Citizens of different States, - between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, [and between a State, or the Citizens thereof ; - and foreign States, Citizens or Subjects.] * ».

⁴⁵⁹ ABRAMS HOWARD B., *United States*, p. 1102.

⁴⁶⁰ Le titre 28 USC § 1338a) dispose que « (a) Except as provided in subsections (b) and (c) or as expressly provided otherwise by Federal statute, in any civil action of which the district courts have original jurisdiction, the district courts shall have supplemental jurisdiction over all other

les litiges relatifs aux droits d'auteur et aux brevets sont du ressort exclusif des tribunaux fédéraux. En matière de droit des marques, les tribunaux étatiques et fédéraux ont une compétence alternative pour les litiges soumis au « Lanham Act »⁴⁶¹. Pour fonder la compétence matérielle des tribunaux américains (étatiques ou fédéraux), le demandeur devra ainsi démontrer que la violation alléguée entre dans le champ d'application de l'une ou de l'autre loi.

ii. Compétence *ratione personae*

- 261 La compétence personnelle (« *Personal Jurisdiction* »)⁴⁶² délimite la faculté du tribunal d'exercer son autorité judiciaire sur le défendeur. Le tribunal compétent *ratione personae* a ainsi le pouvoir d'imposer sa décision aux parties. Cela sous-entend que si un tribunal est compétent *ratione personae*, les parties devront comparaître, avec toutes les implications qu'un jugement par défaut peut avoir à leur encontre⁴⁶³.
- 262 Les dispositions applicables en matière de compétence personnelle dépendent du tribunal saisi.
- 263 Les tribunaux fédéraux appliquent les règles fédérales de procédure civile⁴⁶⁴ pour asseoir leur compétence *ratione personae*. Selon l'art. 4 let. K point 1A des Federal Rules of Civil Procedure, la compétence personnelle sera admise pour autant que le défendeur « *is subject to the jurisdiction of a court of general jurisdiction in the state where the district court is located* ». Cette règle renvoie au droit interne de l'État sur le territoire duquel le tribunal est situé. Les tribunaux devront ainsi appliquer les règles de compétence *ratione personae* de l'État dans lequel ils se trouvent, soit les règles comprises dans le *long-arm statute* de l'État en question. La compétence personnelle peut également découler de l'art. 4 let. K point 2 des Federal Rules of Civil Procedure⁴⁶⁵. Le point 2 de cet article a été

claims that are so related to claims in the action within such original jurisdiction that they form part of the same case or controversy under Article III of the United States Constitution. (...)».

⁴⁶¹ Voir au sujet de l'organisation judiciaire en matière de propriété intellectuelle, ABRAMS HOWARD B., United States, p. 1114.

⁴⁶² Dans la présente étude, la compétence personnelle est indistinctement désignée par les termes de « *personal jurisdiction* », « compétence *ratione personae* » ou encore « *in personam jurisdiction* ». Cette notion est en outre traditionnellement opposée à la compétence *in rem*, ou *quasi in rem*, types de compétence qui ne relèvent pas du cadre de la présente étude, voir von MEHREN ARTHUR T., *Adjudicatory Jurisdiction*, p. 286.

⁴⁶³ HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, p. 1.

⁴⁶⁴ Federal Rules of Civil Procedure.

⁴⁶⁵ Selon cette disposition, « *For a claim that arises under federal law, serving a summons or filing a waiver of service establishes personal jurisdiction over a defendant if:*

adopté « *to deal with a gap in federal personal jurisdiction law in situations where a defendant does not reside in the United States, and lacks contacts with a single state sufficient to justify personal jurisdiction, but has enough contacts with the United States as a whole to satisfy the due process requirements* »⁴⁶⁶. L'art. 4 let. K point 2 des Federal Rules of Civil Procedure requiert le même examen des liens qu'entretient l'affaire avec le for, mais diffère de l'art. 4 let. K point 1A en ce sens que le for en question s'étend aux États-Unis dans son ensemble, et non à un seul État⁴⁶⁷. En conclusion, même si l'examen des conditions prévues dans les *long-arm statutes* conduisait un tribunal à se déclarer incompétent, celui-ci pourrait néanmoins se saisir de l'affaire sur la base de l'art. 4 susmentionné⁴⁶⁸.

- 264 Les tribunaux étatiques, quant à eux, appliquent directement leur loi interne. En effet, afin de délimiter l'exercice du pouvoir judiciaire et de respecter l'obligation de soumettre cet exercice à une base légale, les États se sont munis de dispositions relatives à la compétence personnelle de leurs tribunaux⁴⁶⁹. Ces dispositions se trouvent ainsi en principe dans le droit de chaque État, et plus précisément dans les *long-arm statutes*. Leur rédaction est propre à chaque État, de sorte que ces lois peuvent être rédigées de manière large⁴⁷⁰ ou plus détaillée⁴⁷¹. Les dispositions

(A) the defendant is not subject to jurisdiction in any state's courts of general jurisdiction ; and
(B) exercising jurisdiction is consistent with the United States Constitution and laws ».

⁴⁶⁶ Arrêt *Graduate Mgt. Admission Council c. Raju*, p. 597.

⁴⁶⁷ *Ibidem*. La Cour relèvera ainsi, à la note de bas de page 16, que « (...) in the usual situation where personal jurisdiction is asserted under Rule 4(k)(1)(A), which links personal jurisdiction in the federal court to the existence of personal jurisdiction in the state court, the question is whether there are sufficient contacts with the forum state. Rule 4(k)(2), of course, does not link personal jurisdiction to the existence of personal jurisdiction in the local state courts, indeed, its express purpose is to permit jurisdiction where no state court has personal jurisdiction. Thus, the due process question under Rule 4(k)(2) depends solely on whether the defendant has sufficient contacts with the United States as a whole ».

⁴⁶⁸ Voir arrêt *Graduate Mgt. Admission Council c. Raju*.

⁴⁶⁹ HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, p. 21.

⁴⁷⁰ Par exemple l'art. 302 let. a C.P.L.R New York ; « a) Acts which are the basis of jurisdiction. A court may exercise personal jurisdiction over any non-domiciliary, or his executor or administrator, as to a cause of action arising from any of the acts enumerated in this section, in the same manner as if he were a domiciliary of the state, if, in person or through an agent, he :
1. transacts any business within the state ; or
2. commits a tortious act within the state, except as to a cause of action for defamation of character arising from the act ; or
3. owns, uses or possesses any real property situated within the state ».

⁴⁷¹ Par exemple la Sec. 2-209 735 ILCS 5 de l'Illinois : « Act submitting to jurisdiction -- Process.
(a) Any person, whether or not a citizen or resident of this State, who in person or through an agent does any of the acts hereinafter enumerated, thereby submits such person, and, if an individual, his or her personal representative, to the jurisdiction of the courts of this State as to any cause of action arising from the doing of any of such acts :

comprises dans les *long-arm statutes* s'appliquent aussi bien entre États américains qu'en matière internationale. Elles déterminent ainsi la compétence des juridictions locales lorsque le cas présente des éléments d'extranéité.

- 265 Finalement et même s'il s'estime potentiellement compétent, le tribunal devra déterminer s'il entend effectivement se saisir du litige. Le principe du *forum non conveniens* permet en effet au juge de se dessaisir de la cause s'il estime qu'un autre for entretient des liens plus étroits avec la cause⁴⁷². Cette doctrine, appliquée par les pays de tradition de *common law*, n'est pas reprise telle quelle par les pays de *civil law*, à l'exception du Québec notamment⁴⁷³.
- 266 L'analyse jurisprudentielle à laquelle nous allons procéder dans la présente étude pourra ainsi concerner des litiges entre États américains. Les critères utilisés sont toutefois les mêmes que lorsqu'il s'agit d'attirer un défendeur étranger devant les tribunaux américains.

-
- (1) *The transaction of any business within this State ;*
 - (2) *The commission of a tortious act within this State ;*
 - (3) *The ownership, use, or possession of any real estate situated in this State ;*
 - (4) *Contracting to insure any person, property or risk located within this State at the time of contracting ; (...)*
 - (7) *The making or performance of any contract or promise substantially connected with this State ; (...)*
 - (10) *The acquisition of ownership, possession or control of any asset or thing of value present within this State when ownership, possession or control was acquired ;*
 - (11) *The breach of any fiduciary duty within this State ;*
 - (12) *The performance of duties as a director or officer of a corporation organized under the laws of this State or having its principal place of business within this State ;*
 - (13) *The ownership of an interest in any trust administered within this State ; or*
 - (14) *The exercise of powers granted under the authority of this State as a fiduciary.*
 - (b) *A court may exercise jurisdiction in any action arising within or without this State against any person who :*
 - (1) *Is a natural person present within this State when served ;*
 - (2) *Is a natural person domiciled or resident within this State when the cause of action arose, the action was commenced, or process was served ;*
 - (3) *Is a corporation organized under the laws of this State; or*
 - (4) *Is a natural person or corporation doing business within this State (...)* ».

⁴⁷² Voir *infra* Chapitre deuxième, III, A, 2. Voir également à ce sujet, NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Avant-projet de la Convention de La Haye, p. 88. Au sujet de la doctrine du *forum non conveniens*, voir plus généralement, FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 6.92 ss., p. 282 ss.

⁴⁷³ Voir *infra* Chapitre deuxième, III, A, 2.

c) *Voies de recours*

- 267 Dès lors que les litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle relèvent de la compétence des tribunaux fédéraux (« *Federal Courts* »), exception faite du droit des marques dont la compétence est alternative avec celle des tribunaux étatiques (« *State Courts* »), il convient de préciser brièvement quelles sont les voies de recours dans les systèmes fédéral et étatique.
- 268 En substance, les décisions des *Federal District Courts* peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la *Federal Court of Appeals* du *Circuit* auxquelles elles appartiennent. Chaque *Court of Appeals* fait partie d'une juridiction, appelée *Circuit*, qui couvre un certain territoire (un certain nombre d'États) et représente ainsi l'autorité de recours pour les *District Courts* qui s'y trouvent. On dénombre 13 *Courts of Appeals* puisque les États sont répartis en 13 *Circuits* dont l'un d'entre eux, appelé *Federal Circuit*, est particulier, car sa compétence est limitée à certaines affaires en particulier⁴⁷⁴. La *Supreme Court of the United States*, située à Washington DC, est la dernière instance du système fédéral et revoit, sur appel, les décisions des *Federal Courts of Appeals*⁴⁷⁵.
- 269 Le système étatique relève de l'organisation judiciaire interne de chaque État. Le nombre d'instances ainsi que leur dénomination est propre à chaque État. Certaines instances étatiques ont parfois les mêmes dénominations que les instances du système fédéral. Tel est par exemple le cas des (*State*) *District Courts* et des *Supreme Courts*. Il convient néanmoins de ne pas les confondre, car elles relèvent de différents systèmes et n'ont par conséquent pas les mêmes compétences. La *Supreme Court of the United States* à Washington DC fait partie du système fédéral, dont elle représente l'autorité suprême. Dans certaines circonstances particulières⁴⁷⁶, elle peut néanmoins être amenée à revoir les décisions de la dernière instance du système étatique⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Parmi les 13 *Circuits* existants, on compte, outre le *Federal Circuit*, le *District of Columbia Circuit* ainsi que 11 *Circuits* portant un numéro allant de 1 à 11 (*First Circuit*, *Second Circuit*, *Third Circuit*, etc.).

⁴⁷⁵ Pour un aperçu illustré du système fédéral, voir MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE, *Comparative Private Law*, p. 258 ss.

⁴⁷⁶ Titre 28 USC § 1257. À noter que dans la présente étude, la mention de « *Supreme Court* » fera exclusivement référence à la *Supreme Court of the United States*.

⁴⁷⁷ MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE, *Comparative Private Law*, p. 260 s.

2. Droit européen

a) *Cadre général*

- 270 L'Europe et son marché intérieur ne sont pas épargnés par la contrefaçon. Selon la Commission européenne, « [l]es contrefacteurs privent les créateurs européens de la rémunération qui leur est due, freinent l'innovation, nuisent à la compétitivité, détruisent des emplois, grèvent les recettes publiques et menacent potentiellement la santé et la sécurité des citoyens de l'UE »⁴⁷⁸. Les pertes annuelles liées à la contrefaçon sont estimées à plusieurs milliards d'euros pour le PIB de l'Union européenne selon les sources de la Commission européenne⁴⁷⁹.
- 271 L'Union européenne⁴⁸⁰ est particulièrement active sur le plan de l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle ainsi que sur le plan du droit international privé. C'est d'ailleurs sur son sol qu'ont eu lieu les premières tentatives d'unification des règles de compétence au niveau mondial. La première convention multilatérale applicable en matière de conflit de juridictions – la Convention de Bruxelles de 1968 (CB) – est d'ailleurs une convention liant les États européens. Cette convention a en outre servi de modèle à la Convention de Lugano, raison pour laquelle ces instruments sont décrits comme parallèles. L'examen du droit international privé suisse ne serait ainsi pas complet sans l'examen de la genèse ainsi que du développement des règles de droit européen en la matière.
- 272 Dans la présente étude, la priorité sera donnée aux règles de conflit de juridictions unifiées au niveau européen. Il ne sera fait mention des particularités nationales que dans la mesure où l'interprétation donnée par les tribunaux nationaux présente un intérêt particulier.

b) *Systématique des règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle*

- 273 En droit européen, les règles de compétence devaient, jusqu'à très récemment encore, être recherchées dans le Règlement Bruxelles I, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. Ce règlement qui faisait suite à la Convention de Bruxelles de 1968,

⁴⁷⁸ COMMISSION EUROPEENNE, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, p. 20.

⁴⁷⁹ *Idem*, p. 20, et les références citées.

⁴⁸⁰ Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, la Communauté européenne a été remplacée par l'Union européenne. Dans la mesure où le terme de « Communauté européenne » continue d'être utilisé, nous nous référerons, dans le cadre de la présente étude, aux deux notions de manière indistincte.

a fait l'objet d'une récente refonte. La proposition de refonte de la Commission européenne a été accompagnée d'un livre vert qui ouvrait la consultation aux parties intéressées⁴⁸¹. Durant ces dernières années, la réforme du Règlement Bruxelles I a ainsi soulevé de nombreuses discussions doctrinales et politiques⁴⁸².

- 274 Le Règlement Bruxelles *Ibis* concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, lequel abroge le Règlement Bruxelles I⁴⁸³, est entré en vigueur en janvier 2015. Selon l'art. 66 al. 1 Règlement Bruxelles *Ibis*, celui-ci ne sera applicable « (...) qu'aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques dressés ou enregistrés formellement et aux transactions judiciaires approuvées ou conclues à compter du 10 janvier 2015 ». Les actions, actes et transactions ayant pris naissance avant le 10 janvier 2015 continueront d'être soumis au Règlement Bruxelles I⁴⁸⁴.
- 275 Au niveau matériel, le Règlement Bruxelles *Ibis* apporte notamment des modifications en matière d'internationalisation des règles de compétence directe⁴⁸⁵, d'élection de for et de reconnaissance des décisions provenant des États membres de l'Union européenne en abolissant l'*exequatur*⁴⁸⁶. La refonte du Règlement Bruxelles I, telle qu'elle a été finalement adoptée, n'emporte néanmoins pas l'unanimité doctrinale⁴⁸⁷. Il convient par conséquent de présenter

⁴⁸¹ Commission des Communautés européennes, Livre vert, p. 1 ss.

⁴⁸² HESS BURKHARD, The Brussels I Regulation, p. 1101, et les références citées. Pour un examen des conséquences de la révision du Règlement Bruxelles I sur la Convention de Lugano (voir *infra* Chapitre premier, V, 3, b), i), voir BONOMI ANDREA/SCHMID CHRISTINA, La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I), Quelles conséquences pour la Convention de Lugano ?, p. 11 ss.

⁴⁸³ Art. 80 Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁴⁸⁴ Art. 66 par. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁴⁸⁵ Comme nous le verrons par la suite, en matière de compétence, la volonté initiale portait sur l'élargissement du champ d'application personnel du Règlement Bruxelles *Ibis* aux situations dans lesquelles le défendeur était domicilié dans un État tiers. L'objectif était en effet de créer un ensemble de règles qui régirait tous les litiges entrant dans le champ d'application matériel du Règlement. Cette idée a néanmoins été abandonnée.

⁴⁸⁶ Au sujet des modifications matérielles, voir GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE/KESSEDJIAN CATHERINE, Refonte, p. 436 ss ; HESS BURKHARD, The Brussels I Regulation, p. 1100 ss ; NIELSEN PETER ARNT, New Brussels I Regulation, p. 505 ss ; PFEIFFER THOMAS, Recast of the Brussels I Regulation, p. 311 ss.

⁴⁸⁷ Voir par exemple DICKINSON ANDREW, Revision of Brussels I, p. 250, qui indique ainsi, au sujet des positions de la Commission européenne, qu'elles n'étaient pas « *entirely convincing* » et qu'il restait « *considerable room for the improvement in the drafting of the provisions implementing these policies* » ; GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE/KESSEDJIAN CATHERINE, Refonte, p. 436, qui relèvent qu'« (...) il aurait peut-être mieux valu ne rien faire. Après tout, B1 [Bruxelles I] ne fonctionnait pas si mal et les avantages que les citoyens européens tireront de B1 refondu n'apparaissent pas à l'évidence, sauf la possibilité d'exécuter directement dans

les règles de ces deux instruments, même si celles du Règlement Bruxelles I ne sont désormais plus applicables.

- 276 Les Règlements Bruxelles I et *Ibis* prévoient plusieurs types de compétences. La systématique est axée autour de la compétence générale au for du domicile du défendeur au sens de l'art. 2 Règlement Bruxelles I et de l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis*⁴⁸⁸. Selon l'art. 3 ch. 1 Règlement Bruxelles I et l'art. 5 ch. 1 Règlement Bruxelles *Ibis*, le défendeur peut également être attrait devant les tribunaux d'un autre État que celui de son domicile, mais ceci uniquement dans les cas prévus spécifiquement⁴⁸⁹. Ces dispositions créent un *numerus clausus* des dispositions spéciales et excluent ainsi tout for exorbitant par leur chiffre²⁴⁹⁰. Le défendeur domicilié dans un État membre peut ainsi être attrait dans un autre État membre en vertu des art. 5 à 7 Règlement Bruxelles I et des art. 7 à 9 Règlement Bruxelles *Ibis*. Par le biais de ces dispositions, le demandeur peut, à son choix et de manière alternative, porter le litige devant les tribunaux d'un autre État que celui du domicile du défendeur si les conditions requises pour ces fors sont remplies⁴⁹¹.
- 277 Dans la présente étude, nous porterons notre attention sur les fors en matière délictuelle dont le siège se trouve aux art. 5 Règlement Bruxelles I et 7 Règlement Bruxelles *Ibis*. Comme nous le verrons par la suite, les violations de droits de propriété intellectuelle sont comprises dans la notion d'acte illicite et sont ainsi régies par ces dispositions.
- 278 En outre, certaines matières spéciales font l'objet de compétences spéciales. Parmi ces matières, on trouve les assurances (art. 8 à 14 Règlement Bruxelles I et art. 10 à 15 Règlement Bruxelles *Ibis*), les contrats conclus par des

tous les États membres une décision rendue dans un autre État membre (...) » ; NIELSEN PETER ARNT, *New Brussels I Regulation*, p. 528, qui salue certaines modifications et relève « *a number of improvements* ».

⁴⁸⁸ For développé ci-dessous, *infra* Chapitre deuxième, III, B.

⁴⁸⁹ Selon ces dispositions au contenu identique, « [l]es personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre État membre qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 7 du présent chapitre ».

⁴⁹⁰ L'art. 3 ch. 2 Règlement Bruxelles I, dispose que « [n]e peuvent être invoquées contre elles [les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre] notamment les règles de compétence nationales figurant à l'annexe I ». L'art. 5 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* diffère quelque peu de sa version antérieure afin de mettre en place une procédure de notification prévue par l'art. 74. Il dispose que « [n]e peuvent être invoquées contre les personnes visées au paragraphe 1 notamment les règles de compétence nationales que les États membres doivent notifier à la Commission en vertu de l'article 76, paragraphe 1, point a) ». Voir à ce sujet, KROPHOLLER JAN/von HEIN JAN, *Kommentar EuGVO*, ad art. 3 EuGVO, n° 1-7, p. 131-133.

⁴⁹¹ JENARD PAUL, *Rapport CB*, p. 22.

consommateurs (art. 15 à 17 Règlement Bruxelles I et art. 17 à 19 Règlement Bruxelles *Ibis*), et les contrats individuels de travail (art. 18 à 21 Règlement Bruxelles I et art. 20 à 23 Règlement Bruxelles *Ibis*). Lorsque le litige concerne l'une ou l'autre de ces matières spéciales, les fors des art. 2, 5 et 6 Règlement Bruxelles I, respectivement des art. 4, 7 et 8 Règlement Bruxelles *Ibis* ne sont pas ouverts. Ces compétences spéciales ont pour objectif de protéger la partie économiquement faible et moins expérimentée⁴⁹².

- 279 Pour d'autres matières, le législateur a prévu des compétences exclusives. Les art. 22 Règlement Bruxelles I et art. 24 Règlement Bruxelles *Ibis* comprennent un catalogue exhaustif de compétences exclusives qui ont vocation à s'appliquer sans considération de domicile⁴⁹³. Si une compétence exclusive est donnée, les fors du domicile du défendeur, les fors alternatifs ainsi que les fors prévus pour les matières spéciales sont exclus⁴⁹⁴. Le juge saisi au mépris de ces règles doit ainsi d'office se déclarer incompétent. Il ne peut être dérogé aux fors exclusifs ni par une élection de for ni par une acceptation tacite de compétence⁴⁹⁵.
- 280 Les règles applicables en matière d'élection de for trouvent leur siège aux art. 23 Règlement Bruxelles I et 25 Règlement Bruxelles *Ibis*. En vertu de ces dispositions, au contenu similaire, les parties peuvent convenir d'« (...) une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé »⁴⁹⁶. Sauf convention contraire, cette « compétence est exclusive »⁴⁹⁷. Quant à l'acceptation tacite de compétence, elle est régie aux art. 24 Règlement Bruxelles I et 26 Règlement Bruxelles *Ibis*.
- 281 Ainsi, le demandeur qui souhaite ouvrir action doit déterminer en premier lieu si le litige implique une compétence exclusive. Si tel n'est pas le cas, il devra s'assurer qu'il n'existe pas d'élection de for, puis déterminer si le litige relève d'une matière spéciale, à savoir les assurances, les contrats conclus par un consommateur et les contrats individuels de travail. Si tel n'est pas le cas, le demandeur pourra agir au for de l'art. 2 Règlement Bruxelles I, respectivement

⁴⁹² KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 8 EuGVO, n° 2, p. 280.

⁴⁹³ L'art. 24 Règlement Bruxelles *Ibis* dispose que « [s]ont seules compétentes les juridictions ci-après d'un État membre, sans considération de domicile des parties (...) ». L'art. 22 Règlement Bruxelles I stipulait de manière plus concise que « [s]ont seuls compétents, sans considération de domicile (...) ».

⁴⁹⁴ Voir de manière générale sur les compétences exclusives, KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 22 EuGVO, n° 1 ss, p. 280 ss.

⁴⁹⁵ JENARD PAUL, Rapport CB, p. 34.

⁴⁹⁶ Art. 25 Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁴⁹⁷ Art. 23 Règlement Bruxelles I.

de l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis* ou aux fors des art. 5 à 7 Règlement Bruxelles I, respectivement des art. 7 à 9 Règlement Bruxelles *Ibis*⁴⁹⁸.

- 282 La présente étude porte sur les litiges relatifs à la violation d'un droit de propriété intellectuelle. La matière ne fait pas l'objet d'une compétence exclusive selon l'art. 22 Règlement Bruxelles I et l'art. 24 Règlement Bruxelles *Ibis* et n'est pas comprise dans les matière particulières des art. 8 à 21 Règlement Bruxelles I et 17 à 23 Règlement Bruxelles *Ibis*. Une election de for pourrait toutefois en théorie être convenue entre les parties⁴⁹⁹.
- 283 Il résulte de cet examen sommaire que le demandeur à l'action en contrefaçon peut agir devant les tribunaux du domicile du défendeur (dans l'hypothèse où le défendeur est domicilié dans un État membre) au sens de l'art. 2 Règlement Bruxelles I et l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis* ainsi que « devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » au sens de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I et de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*. Ce sont ces deux compétences qui seront ainsi développées dans la suite de la présente étude.

3. Droit suisse

a) Cadre général

- 284 Le droit suisse n'échappe pas à la règle. Bien que calqué sur le droit international qui, comme nous l'avons déjà relevé, est à la traîne dans cette matière, le droit suisse peine à suivre l'évolution des technologies modernes de communication et de transmission des droits de propriété intellectuelle. En matière de droit d'auteur, « les titulaires de droits sont donc confrontés à de nouvelles formes de piratage, qui ont pris des dimensions insoupçonnées en raison du développement de modes révolutionnaires de reproduction et de l'existence d'un réseau d'information mondial »⁵⁰⁰.
- 285 En matière de droit d'auteur, la problématique du piratage et des téléchargements illicites inquiète jusqu'aux plus hautes sphères suisses comme le démontrent les récents débats sur le sujet⁵⁰¹. Il a été admis que l'ampleur du piratage sur Internet

⁴⁹⁸ Voir à ce sujet, VAN LITH HÉLÈNE, General Provisions, n° 3.12 ss, p. 119 ss.

⁴⁹⁹ Pour rappel, l'élection de for ne sera toutefois pas étudiée de manière plus approfondie dans la présente étude, voir *supra* Chapitre premier, V, A.

⁵⁰⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif aux traités OMPI, p. 3269.

⁵⁰¹ Voir not. SAVARY GÉRALDINE, Postulat téléchargement illégal ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA ; Rapport en réponse au postulat Savary ; FLURI KURT, Postulat sur l'utilisation d'offres illégales sur Internet. C'est dans ce contexte que s'est également

était telle qu'elle ne permettait plus aux auteurs de percevoir une rémunération adéquate et entraînait de surcroît une baisse générale des revenus liés à l'exploitation des œuvres⁵⁰². La révolution numérique a ainsi poussé le Conseil fédéral à entreprendre un vaste projet de révision en vue de moderniser sa loi sur le droit d'auteur afin de permettre une meilleure protection des auteurs et de lutter efficacement contre le piratage⁵⁰³. À noter que la protection du droit d'auteur et des droits voisins en droit suisse, ainsi que ses révisions, est inspirée par le droit européen et notamment par la Directive 2001/29/CE⁵⁰⁴.

b) Systématique des règles de conflit de juridictions en matière de propriété intellectuelle

- 286 Sur le plan du droit international privé et dans la mesure où la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne, les règles applicables diffèrent de celles de son voisin européen. En particulier, le Règlement Bruxelles *Ibis* n'est pas applicable par les autorités helvétiques. La Suisse est toutefois partie à une convention parallèle à ce règlement, qui s'applique entre le Danemark, l'Islande, la Norvège, la Suisse et l'Union européenne. La Convention de Lugano (i) contient des règles de conflit de juridictions ainsi que des règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers s'appliquant en matière civile et commerciale. Le droit suisse est également régi par une loi fédérale de droit international privé (ii) qui comprend des règles de conflit de juridictions singulières⁵⁰⁵.

i. Convention de Lugano

- 287 Dans un souci de développement de la coopération judiciaire et économique entre la communauté économique européenne (CEE devenue par la suite l'UE) et l'Association européenne de libre-échange (AELE), les États concernés se sont concertés en vue de conclure une « convention parallèle » à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁵⁰⁶. Cette deuxième convention s'inspirait en effet très largement de la Convention de Bruxelles, tant

inscrivent la modification de la loi suisse sur le droit d'auteur, voir à ce sujet le Message relatif aux traités OMPI, p. 3264 ss.

⁵⁰² CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif sur la modification LDA, p. 8.

⁵⁰³ *Idem*, p. 30.

⁵⁰⁴ Voir *infra* Chapitre premier, IV, B, 2, a).

⁵⁰⁵ Voir *infra* Chapitre deuxième, IV, B.

⁵⁰⁶ BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 1-79 CL, n° 2, p. 1781.

par sa structure que par son contenu⁵⁰⁷. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 pour la Suisse (aCL).

- 288 En 1997, des travaux de révision de la Convention de Lugano et de la Convention de Bruxelles ont été entrepris conjointement par l'UE et l'AELE. Des problèmes d'interprétation étaient en effet survenus et nécessitaient des modifications⁵⁰⁸. Ces révisions avaient en outre pour objectif « (...) de tenir compte des évolutions de l'environnement international et des technologies, en particulier en ce qui concerne le commerce électronique (...) »⁵⁰⁹. Le groupe de travail a présenté un texte commun révisé pour ces deux conventions. Le Traité d'Amsterdam, qui est entré en vigueur en 1999, soit peu de temps après la proposition de texte commun, a cependant amené la Commission à présenter le nouveau texte sous forme de règlement et non pas sous forme de convention. Le Conseil de l'Union européenne a finalement adopté, le 22 décembre 2000, le Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement Bruxelles I). La révision de la Convention de Lugano de 1988 a, quant à elle, tardé en raison d'un différend relatif à la compétence de conclure ladite convention né entre la Communauté européenne et ses États membres. La question a été soumise à la Cour de justice européenne qui a rendu un avis en 2006 attribuant la compétence exclusive à l'Union européenne⁵¹⁰. Les négociations réunissant l'Union européenne, le Danemark, l'Islande, la Norvège et la Suisse ont alors repris et ont abouti à l'adoption du texte de la Convention de Lugano révisée et à sa signature le 30 octobre 2007 (CL). La Convention de Lugano révisée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 pour la Suisse⁵¹¹.
- 289 La version révisée de la Convention de Lugano apporte des modifications relatives notamment aux fors en matière contractuelle, en matière de propriété intellectuelle ainsi qu'en matière de litispendance. La numérotation des articles a été, quant à elle, reprise du Règlement Bruxelles I⁵¹². Le parallélisme entre les

⁵⁰⁷ JENARD PAUL/MÖLLER GUSTAF, Rapport CL, p. 61.

⁵⁰⁸ POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 1.

⁵⁰⁹ *Idem*, p. 2.

⁵¹⁰ CJCE, Avis 1/03, p. 1212.

⁵¹¹ RO 2010 5609. La Convention de Lugano révisée sera, par mesure de simplification, abrégée dans la suite de cette étude « CL ». Dans la présente étude, cet instrument sera étudié dans les chapitres relatifs au droit suisse, malgré sa composante européenne, dans la mesure où son interprétation sera examinée à la lumière du droit suisse.

⁵¹² CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1504.

deux textes a ainsi été restauré. Cette embellie a néanmoins été de courte durée⁵¹³. L'adoption en 2012 du Règlement Bruxelles *Ibis* a en effet rompu l'équilibre entre les deux instruments, équilibre que seule une nouvelle révision de la Convention de Lugano permettrait de rétablir, laquelle n'est pour l'instant pas envisagée⁵¹⁴. Il convient toutefois de relever que le contenu des règles qui nous intéressent dans la présente étude est maintenu à l'identique, seule la numérotation diffère d'un texte à l'autre.

- 290 Il convient finalement de relever que la Convention de Lugano doit être interprétée à la lumière du Règlement Bruxelles I (et par la suite à la lumière du Règlement Bruxelles *Ibis*) et, notamment, de l'interprétation donnée par la Cour de justice européenne (principe de l'interprétation uniforme)⁵¹⁵, dès lors que la Convention de Lugano révisée « (...) fait partie intégrante du droit communautaire et que la Cour de justice des Communautés européennes est par conséquent compétente pour statuer sur l'interprétation de ses dispositions (...) »⁵¹⁶.

ii. LDIP

- 291 La Suisse possède de surcroît une Loi fédérale de droit international privé (LDIP).
- 292 Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la Suisse ne connaissait pas de règles uniformes de droit international privé. Les sources étaient nombreuses ; il fallait ainsi chercher les règles en la matière dans l'ancienne Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC), dans les traités internationaux ainsi que dans diverses autres lois⁵¹⁷. Initialement prévue pour connaître des litiges intercantonaux, la LRDC n'était au surplus pas adaptée pour la matière internationale et présentait des dispositions lacunaires⁵¹⁸. C'est ainsi pour répondre à un besoin d'harmonisation et de simplification que le législateur suisse a adopté une loi contenant, à quelques exceptions près, toutes les dispositions relatives au droit international privé⁵¹⁹. La LDIP est entrée en vigueur

⁵¹³ BONOMI ANDREA/SCHMID CHRISTINA, La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I), Quelles conséquences pour la Convention de Lugano ?, p. 5 ss.

⁵¹⁴ DICKINSON ANDREW, Transitional provisions, n° 17.30, p. 574.

⁵¹⁵ Voir not. ATF 123 III 414, cons. 4 ; BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 1-79 CL, n° 3 ss, p. 1786 ss ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1534.

⁵¹⁶ Préambule au Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention.

⁵¹⁷ Pour un aperçu de la situation avant l'entrée en vigueur de la LDIP, voir VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL, Rapport explicatif LDIP, p. 239-242.

⁵¹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP, p. 257.

⁵¹⁹ *Idem*, p. 261 ss.

le 1^{er} janvier 1989⁵²⁰ entraînant de la sorte l'abrogation de plusieurs dispositions disparates figurant dans le droit interne.

- 293 Dans sa relation avec la Convention de Lugano, la LDIP consacre à son art. 1 al. 2 le principe de la primauté des traités internationaux. La LDIP ne s'applique ainsi en premier lieu que lorsque les litiges sont exclus du champ d'application de la Convention de Lugano. Dans certaines circonstances, la LDIP a toutefois vocation à s'appliquer conjointement à la Convention de Lugano, notamment en vue de déterminer la compétence interne des tribunaux suisses.

VI. Synthèse

- 294 La « machine Internet » est en marche. Elle prend de l'ampleur et rien ne semble pouvoir freiner son évolution exponentielle. Un constat s'impose : Internet est omniprésent dans nos quotidiens.
- 295 Dans la mesure où la propriété intellectuelle est particulièrement bien taillée pour cet environnement virtuel, les atteintes relatives aux droits de propriété intellectuelle commises en ligne sont récurrentes et sont amenées à suivre le rythme effréné de l'expansion du commerce électronique. Les caractéristiques essentielles de ces types d'atteintes sont dues à la nature du vecteur de l'atteinte ; instantanées et universelles, soit accessibles de suite et en toute part du monde.
- 296 Quelles sont les conséquences pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ? A nouveau, les difficultés rencontrées par la personne qui constate que son droit a été violé sur Internet, relèvent en premier lieu de l'identification de l'auteur de l'atteinte. L'anonymat que confère Internet représente un sérieux frein, voire dans certaines circonstances, une impossibilité d'identification du contrefacteur.
- 297 Lorsqu'une personne souhaite ouvrir action en contrefaçon, une autre difficulté de localisation ou d'identification se présente. Elle réside dans la difficulté de trouver les règles applicables en vue de déterminer le juge compétent. Internet ne présente pas une nature tangible, il est virtuel et ne connaît pas de frontières. Quel droit s'applique dans ce Far West ? « Aucun » à proprement parler – bien que le droit du cyberspace représente une conception idéaliste, il n'est pas d'actualité – ou plutôt « tous », tous les droits de tous les systèmes juridiques peuvent potentiellement trouver application en fonction des circonstances.

⁵²⁰ Art. 200 LDIP.

- 298 Comment coordonner les différents systèmes juridiques applicables ? C'est le rôle du droit international privé. Dans un monde idéal, un seul instrument aurait vocation à régir les litiges internationaux. C'est dans ce cadre que les négociations se sont inscrites à la Conférence de La Haye. Malheureusement, ces négociations n'ont pas abouti à la convention souhaitée et ceci en raison, notamment, de la propriété intellectuelle et d'Internet, matières pour lesquelles aucun consensus international n'a pu être trouvé.
- 299 En conclusion, il n'existe aucune règle de droit international privé à l'échelle internationale s'appliquant aux litiges relatifs à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle en ligne. Les règles applicables doivent être recherchées dans les différents systèmes juridiques. En l'absence de règles spécifiques, nous déterminerons dans un premier temps quelles sont les règles de conflit de juridictions traditionnelles applicables dans les systèmes américain, européen et suisse (chapitre 2). Nous examinerons ensuite comment les tribunaux ont interprété ces règles en vue de fonder leur compétence internationale lors de litiges commis en ligne (chapitre 3), pour finalement proposer des critères de rattachement idoines (chapitre 4).

CHAPITRE DEUXIÈME. COMPETENCE INTERNATIONALE EN MATIERE D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE HORS LIGNE

« *The intangible Internet requires the tangible* »⁵²¹

I. Introduction

- 300 Les nouveaux moyens de communication et la globalisation des échanges commerciaux ont engendré une augmentation des litiges transfrontaliers. Alors que les échanges hors ligne peuvent être circonscrits entre deux ou plusieurs États identifiables, la nature ubiquitaire d'Internet permet une diffusion quasi universelle et ceci de manière instantanée. Les États font ainsi face à des litiges qui n'ont pas de limites géographiques ou territoriales. Traditionnellement, les États ont admis la compétence de leurs tribunaux en appliquant des critères de rattachement leur permettant de relier ces litiges avec le for. Or ces critères de rattachement sont sans cesse remis en cause lorsqu'il s'agit de les appliquer aux délits commis en ligne. Afin d'étudier l'aptitude de ces critères à appréhender les litiges en ligne, il convient de déterminer quelles sont les règles de conflit de juridictions traditionnellement applicables lors de violations de droits de propriété intellectuelle en droit américain (II), en droit européen (III) et en droit suisse (IV).
- 301 Dans ces différents ordres juridiques, nous concentrerons essentiellement notre analyse sur les règles applicables en cas de violation d'un droit de propriété intellectuelle⁵²². Dans ce cadre, nous déterminerons, dans un premier temps, à quelles conditions un défendeur peut être attiré devant les juridictions de son domicile et, dans un deuxième temps, à quelles conditions un demandeur peut agir contre un défendeur résidant à l'étranger devant les tribunaux du lieu où l'atteinte au droit de propriété intellectuelle a eu lieu. Dans cette dernière

⁵²¹ MILLER SAMUEL F., *Internet Activity*, p. 234.

⁵²² On oppose en effet traditionnellement les règles applicables aux litiges relevant de la violation de droits de propriété intellectuelle aux litiges relatifs à la validité ou à l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle, lesquels relèvent de la compétence exclusive des tribunaux de l'État d'enregistrement (voir par ex. art. 24 Règlement Bruxelles *Ibis*). Nous n'examinerons ces compétences exclusives que dans les cas où celles-ci entraînent une répercussion sur la compétence du juge de la contrefaçon (voir *infra* Chapitre deuxième, IV, C).

éventualité, nous analyserons comment localiser ce lieu lors de litiges transfrontaliers hors ligne.

- 302 L'examen de ces règles nous conduira finalement au principe de territorialité. Nous constaterons en effet que la matière est régie par ce principe cardinal, lequel entraîne de profondes tensions ainsi que des divergences d'opinions doctrinales et jurisprudentielles lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence (extra-) territoriale du juge de la contrefaçon. Cette démarche nous permettra ainsi de mieux appréhender les réticences dogmatiques et les principes qui sous-tendent la détermination du juge de la contrefaçon lors de litiges en ligne que nous traiterons dans le chapitre troisième.

II. Droit américain

- 303 En droit américain, les juridictions saisies d'un litige examineront leur compétence tant *ratione materiae* (A) que *ratione personae* (B). Ainsi, si les tribunaux se déclarent matériellement compétents, ils doivent également examiner leur compétence *ratione personae*. Celle-ci s'apprécie en fonction des liens qu'entretient le défendeur avec le for. Nous verrons ainsi que la compétence personnelle dépend des « *minimum contacts* » que le défendeur a avec le for et que la compétence doit également respecter les notions traditionnelles d'équité et de justice.

A. Compétence matérielle

- 304 La compétence matérielle (*subject matter jurisdiction*) délimite la compétence des tribunaux de se prononcer sur la matière, objet du litige. Chaque État est libre de choisir la compétence matérielle de chacun de ses tribunaux. Certains tribunaux seront ainsi compétents pour tout litige en matière civile alors que d'autres seront compétents dans certaines matières particulières⁵²³.
- 305 La compétence matérielle est étroitement liée à l'application extraterritoriale des lois américaines (*prescriptive jurisdiction*). Par « application extraterritoriale », on entend par exemple l'application des lois américaines à des actes perpétrés par un défendeur domicilié en dehors du territoire américain⁵²⁴ ou à des faits commis en dehors des frontières américaines⁵²⁵.

⁵²³ SYMEONIDES SYMEON C., United States of America, p. 32.

⁵²⁴ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 116.

⁵²⁵ Arrêt *Ahbez c. Edwin H. Morris & Co.*

- 306 En matière de propriété intellectuelle, les tribunaux des pays de *common law* sont traditionnellement peu enclins à se saisir de litiges relatifs à des droits de propriété intellectuelle étrangers⁵²⁶. Ils considèrent en effet qu'ils n'ont pas la compétence (matérielle) sur ce type de droits, sans égard au fait qu'il s'agisse d'actions en violation de droits de propriété intellectuelle ou d'actions relatives à la validité ou à l'inscription de tels droits⁵²⁷. Cette tendance est issue de l'application stricte du principe de territorialité, très ancré dans les pays de tradition de *common law*⁵²⁸.
- 307 Dans un arrêt relatif au droit des marques, la *Court of Appeals for the Second Circuit* avait procédé à un test en trois étapes afin de déterminer si les juridictions américaines étaient compétentes *ratione materiae* lorsque l'action est relative à une marque étrangère et que le défendeur est domicilié en dehors de l'État du for⁵²⁹. Ce test, connu sous le nom de « *Vanity Fair test* », a ensuite été adapté et développé au fil du temps. Finalement, dans sa version finale, le test requiert du demandeur qu'il prouve 1) un effet sur le commerce américain, 2) un effet qui est suffisamment important pour tomber dans le champ d'application du *Lanham Act*⁵³⁰ en tant que « *cognizable injury* », et 3) le fait que les intérêts et les liens avec le commerce américain sont suffisamment étroits par rapport à ceux avec les États étrangers pour justifier, en terme de courtoisie (« *comity* »), une application extraterritoriale⁵³¹. La Cour ajoutera cependant qu'afin de déterminer la compétence matérielle, « *we think certain distinctions are important at the outset. The reach of the Lanham Act depends on context ; the nature of the analysis of the jurisdictional question may vary with that context. Steele* [par référence à un arrêt précédent] *addressed the pertinent Lanham Act jurisdictional analysis when an American citizen is the defendant. In such cases, the domestic effect of the*

⁵²⁶ PEUKERT ALEXANDER, Territoriality, p. 193 ; TORREMANS PAUL, Subject Matter Jurisdiction, p. 349.

⁵²⁷ Voir notamment arrêt *Ahbez c. Edwin H. Morris & Co.* ; arrêt *McBee c. Delica Co.* ; arrêt *Vanity Fair Mills c. T. Eaton Co.* ; arrêt *Voda c. Cordis*.

⁵²⁸ Voir *infra* Chapitre premier, V, B, 1.

⁵²⁹ Arrêt *Vanity Fair Mills c. T. Eaton Co.*, p. 641 ss.

⁵³⁰ Le titre 15 USC § 1121 Lanham Act donne la compétence matérielle pour trancher les litiges relatifs au droit de propriété intellectuelle aux *District Courts* pour les cas dans lesquels :
« (a) *registered mark in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive; or*
(b) *reproduce, counterfeit, copy, or colorably imitate a registered mark and apply such reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation to labels, signs, prints, packages, wrappers, receptacles or advertisements intended to be used in commerce upon or in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive* ».

⁵³¹ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 117.

international activities may be of lesser importance and a lesser showing of domestic effects may be all that is needed »⁵³². « *When the purported infringer is not an American citizen, and the alleged illegal activities occur outside the United States, then the analysis is different, and appears to rest solely on the foreign commerce power* »⁵³³. La compétence à raison de la matière peut toutefois toujours être déclinée si l'action « *clearly appears to be immaterial and made solely for the purpose of obtaining jurisdiction or where such a claim is wholly insubstantial and frivolous* »⁵³⁴. Tel peut notamment être le cas lorsque le demandeur a lui-même artificiellement créé un lien avec le for⁵³⁵.

- 308 En matière d'atteinte aux brevets, l'affaire *Voda c. Cordis* présente un intérêt particulier. L'autorité de première instance, la *District Court for the Western District of Oklahoma*, s'est prononcée sur sa compétence lors de la violation de brevets américains et étrangers. La Cour a affirmé qu'elle « *finds that it [the court] would have supplemental jurisdiction over the foreign patents claim* »⁵³⁶. La *Court of Appeals for the Federal Circuit* a cependant cassé la décision de l'autorité inférieure en concluant que « *[w]e find that considerations of comity, judicial economy, convenience, fairness, and other exceptional circumstances constitute compelling reasons to decline jurisdiction* »⁵³⁷. La *Court of Appeals for the Federal Circuit* a ainsi considéré que les tribunaux américains n'avaient pas la compétence matérielle pour se prononcer sur des droits de propriété intellectuelle étrangers, et ceci même si les parties sont domiciliées sur le territoire américain⁵³⁸.
- 309 En matière de droit d'auteur, il a été retenu que « *at a minimum, an act of infringement within the United States is required to hold the defendant accountable for related infringing acts occurring outside this country* »⁵³⁹. Le tribunal a ainsi donné tort à un demandeur qui prônait une application extraterritoriale de la loi américaine sur le droit d'auteur (*Copyright Act*) pour des violations alléguées à son droit d'auteur américain survenues en Europe⁵⁴⁰.

⁵³² *Idem*, p. 118.

⁵³³ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 119.

⁵³⁴ *Idem*, p. 126, note de bas de page 16 par référence à l'arrêt *Steel Co. c. Citizens for a Better Env't*, p. 89 s.

⁵³⁵ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 126, note de bas de page 16.

⁵³⁶ Arrêt *Voda c. Cordis*, W.D. Okla., p. 3.

⁵³⁷ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 898.

⁵³⁸ Voir à ce sujet PEUKERT ALEXANDER, *Territoriality*, p. 193.

⁵³⁹ Arrêt *Ahbez c. Edwin H. Morris & Co.*, p. 667, se référant à un arrêt précédemment rendu.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

- 310 Dans l'affaire *Subafilms Ltd. c. MGM*, le tribunal a également relevé que « *United States copyright laws do not have extraterritorial effect* »⁵⁴¹, de sorte que « *infringing actions that take place entirely outside the United States are not actionable* »⁵⁴². Les tribunaux américains ont récemment – en 2015 – confirmé cette position : « *acts constituting copyright infringement under foreign law do not constitute a violation of the U.S. Copyright Act* »⁵⁴³.
- 311 La présente étude n'approfondira pas plus en détail ce type de compétence. La compétence à raison de la matière est une question parallèle et distincte de la compétence personnelle qui détermine quel type de tribunal doit être saisi ainsi que le pouvoir du tribunal de se prononcer sur le fondement matériel du litige. Bien qu'elle soulève d'intéressantes questions, notamment en lien avec l'application extraterritoriale des lois américaines en matière de propriété intellectuelle, une étude approfondie de cette notion dépasserait le cadre de la présente étude. Nous nous limiterons ainsi, dans la suite de la présente étude, à évoquer brièvement certains aspects de la compétence matérielle, soit les enjeux liés à la territorialité des droits de propriété intellectuelle⁵⁴⁴, et ceci uniquement en vue d'expliquer le contexte de la présente étude. Notre attention se portera ainsi sur les conditions que doit remplir un défendeur pour être attrait devant les juridictions américaines ainsi que les répercussions de l'application de ces conditions aux litiges commis en matière de propriété intellectuelle sur Internet.

B. Compétence personnelle

1. Présence/domicile du défendeur dans l'État du for

- 312 En droit américain, le for naturel au domicile du défendeur diffère quelque peu de la notion de for général telle qu'on la connaît en droit européen et en droit suisse. Toutefois, le critère de rattachement du domicile du défendeur a pris de l'importance, notamment en matière de délits, alors que ce domaine était auparavant dominé par le principe de territorialité⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Arrêt *Subafilms Ltd. c. MGM*, p. 1091.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ Arrêt *Levitin c. Sony*, p. 11.

⁵⁴⁴ Voir *infra* Chapitre premier, V.

⁵⁴⁵ SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 46.

a) *Présence*

- 313 « *The foundation of jurisdiction is the physical power* »⁵⁴⁶. Dans l'arrêt de principe *Pennoyer c. Neff*, la *Supreme Court* avait fixé les limites constitutionnelles au pouvoir judiciaire d'un État aux personnes présentes sur son territoire⁵⁴⁷. Les tribunaux fondaient ainsi, à l'origine, leur compétence *ratione personae* sur la présence (« *presence* ») *de facto* du défendeur sur le territoire de la juridiction saisie⁵⁴⁸. Bien que ce critère de rattachement ait évolué de manière significative, il est encore considéré à ce jour comme un critère permettant d'asseoir la compétence *ratione personae* des tribunaux américains⁵⁴⁹.

b) *Domicile*

- 314 Aux États-Unis, le domicile représente également un des fondements de la compétence personnelle des tribunaux. En droit américain, le domicile est l'endroit où une personne souhaite s'établir, soit l'endroit où elle souhaite fonder son « *home* »⁵⁵⁰, pour une période indéterminée. Chaque personne physique possède un seul domicile à la fois et ceci jusqu'à ce qu'un autre domicile soit créé. Le domicile suppose ainsi une résidence physique et une intention de faire de l'endroit « *one's permanent (or at least indefinite) home* »⁵⁵¹. En parallèle, les sociétés peuvent être attirées devant les tribunaux de l'État dans lequel elles ont été constituées ainsi que dans l'État où elles ont leur « *principal place of business* »⁵⁵².
- 315 En conséquence, le défendeur domicilié dans un État pourra être attiré devant les tribunaux de cet État⁵⁵³. Ceux-ci seront en principe compétents *ratione personae*.

2. Présence/domicile du défendeur en dehors de l'État du for

- 316 Si les tribunaux sont en principe compétents pour traiter des litiges concernant les personnes domiciliées sur leur territoire, qu'en est-il de la compétence personnelle

⁵⁴⁶ Arrêt *McDonald c. Mabee*, p. 91.

⁵⁴⁷ Arrêt *Pennoyer c. Neff*, p. 722. Au sujet de cet arrêt, voir HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, p. 23.

⁵⁴⁸ Arrêt *Pennoyer c. Neff*, p. 733.

⁵⁴⁹ WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 224.

⁵⁵⁰ SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 46.

⁵⁵¹ *Idem*, p. 46 s.

⁵⁵² Titre 18 USC § 13312c). Voir à ce sujet WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 266 ss.

⁵⁵³ VON MEHREN ARTHUR T., *Adjudicatory Jurisdiction*, p. 307 ss.

des tribunaux s'agissant d'une action dirigée contre un défendeur qui n'est pas domicilié dans l'État du for ?

- 317 Pour les sociétés, il n'était, à l'origine, pas concevable de les attirer hors de l'État dans lequel elles avaient été constituées, car elles ne pouvaient pas avoir d'existence légale au-delà de ces frontières⁵⁵⁴. Par la suite, il a été décidé, dans l'affaire de principe *Philadelphia c. McKibbin* que « [a] *foreign corporation is amenable to process to enforce a personal liability, in the absence of consent, only if it is doing business within the State in such manner and to such extent as to warrant the inference that it is present there* »⁵⁵⁵. C'est ainsi le critère du « *doing business* » qui avait été pris en compte lors de l'examen de la compétence des tribunaux situés hors de l'État dans lequel la société est constituée.
- 318 Les critères de rattachement traditionnels que représentaient le « *doing business* », le domicile ou la présence du défendeur ont par la suite évolué, dès lors que la *Supreme Court* s'est quelque peu distancée de ces critères dans le célèbre arrêt *Int'l Shoe Co. c. Wash.*⁵⁵⁶. Depuis cet arrêt, un défendeur peut aussi être attiré, dans certaines circonstances, devant d'autres tribunaux que ceux de son domicile. Selon la *Supreme Court*, ces circonstances sont réunies lorsque le défendeur entretient des liens étroits avec le for⁵⁵⁷.
- 319 Il découle de la jurisprudence susmentionnée que la compétence des tribunaux doit être examinée à la lumière des liens que le défendeur, non domicilié (ou « *present* ») dans l'État du for, entretient avec celui-ci. Nous allons dès lors déterminer quelles sont les conditions pour attirer un défendeur devant d'autres tribunaux que ceux de son domicile ainsi que l'étendue des liens que doit entretenir le défendeur avec le for afin de fonder la compétence personnelle des tribunaux américains.

a) *Long-arm statutes*

- 320 Dans un premier temps, le tribunal saisi devra déterminer si le litige qui lui est soumis remplit les conditions prévues dans la loi interne de son État (*long-arm statute*). Pour rappel, ces lois, propres à chaque État, déterminent dans quelles situations un litige qui comporte un élément d'extranéité peut être porté devant les juridictions locales⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ *Idem*, p. 307 ss.

⁵⁵⁵ Arrêt *Philadelphia c. McKibbin*, p. 265.

⁵⁵⁶ Arrêt *Int'l Shoe Co. c. Wash.*, p. 316.

⁵⁵⁷ HOFFHEIMER MICHAEL H., *Conflict of Laws*, p. 27.

⁵⁵⁸ Voir *supra* Chapitre premier, V, B, 1, b).

321 Après avoir examiné si le litige qui lui est soumis entre dans le champ d'application de ses propres règles (*long-arm statutes*), le tribunal saisi devra vérifier que l'affaire remplit les conditions d'une procédure équitable (*due process*).

b) *Due process*

322 Les sources du *due process* se trouvent aux amendements 5⁵⁵⁹ et 14⁵⁶⁰ de la Constitution des États-Unis⁵⁶¹. Dès lors que le 14^{ème} amendement ne s'applique qu'aux tribunaux étatiques, l'examen de la compétence des tribunaux fédéraux devra se faire à la lumière du *due process* prévu par le 5^{ème} amendement⁵⁶². En l'absence de décision de la *Supreme Court* en la matière, la doctrine s'accorde à dire que ces deux amendements sont identiques⁵⁶³.

323 En matière de compétence, l'application de la clause constitutionnelle du *due process*⁵⁶⁴ dépend, d'une part, des liens que l'affaire a avec le for (*minimum contacts*) et doit, d'autre part, respecter les notions traditionnelles d'équité et de justice. La *Supreme Court* a déclaré que la doctrine du « *due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair play and substantial justice'* »⁵⁶⁵.

324 Sachant la nature duale de la doctrine du *due process*, il convient de définir ce que signifient les termes « *minimum contacts* » et « *traditional notions of fair play and substantial justice* » au sens de l'arrêt susmentionné.

⁵⁵⁹ Le 5^{ème} amendement US Cst. prévoit que « *No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law (...)* ».

⁵⁶⁰ Le 14^{ème} amendement US Cst. dispose que « *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall (...) deprive any person of life, liberty, or property, without due process of laws (...)* ».

⁵⁶¹ WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 135.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ Voir à ce sujet MORITZ KELLER, *Lessons for the Hague*, p. 19.

⁵⁶⁴ Telle que prévue dans les 5^{ème} et 14^{ème} amendements US Cst.

⁵⁶⁵ Arrêt *Int'l Shoe Co. c. Wash.*, p. 316. Pour plus de détails sur cet arrêt, voir VON MEHREN ARTHUR T./MURRAY PETER L., *Law in the United States*, p. 240-246.

i. *Minimum contacts*

- 325 La notion de « *minimum contacts* » a fait l'objet d'une longue évolution jurisprudentielle au cours de laquelle les tribunaux en ont continuellement affiné les contours. Il a ainsi été établi que ces liens existent si le défendeur pouvait raisonnablement s'attendre à être attiré devant les juridictions saisies⁵⁶⁶. Tel est notamment le cas lorsque le défendeur mène intentionnellement des activités dans l'État du for⁵⁶⁷. Cette condition du « *purposeful availment* » a pour but d'éviter qu'un défendeur non domicilié dans l'État du for ne puisse être valablement attiré devant les juridictions américaines de manière aléatoire ou fortuite ou lorsqu'il n'entretient que des liens très lâches avec le for⁵⁶⁸.
- 326 La compétence personnelle peut être générale ou spéciale⁵⁶⁹. La principale distinction entre ces deux types de compétence porte sur l'intensité des liens que doit entretenir le défendeur ou la cause avec le for pour fonder la compétence personnelle.

(a) Compétence personnelle générale

- 327 La compétence personnelle est dite générale (*general*) lorsqu'elle concerne tout type d'action qui n'est pas fondée sur des actes reliant le défendeur au for⁵⁷⁰, c'est-à-dire indépendamment du fait de savoir si le litige est en rapport avec les activités du défendeur dans l'État du for⁵⁷¹. Les tribunaux ont dès lors initialement exigé que le défendeur ait des liens « continus et systématiques » avec le for pour ensuite exiger que le défendeur puisse être considéré comme « *at home* » dans

⁵⁶⁶ Arrêt *World-Wide Volkswagen Corp.*, p. 297 : « *the defendant's conduct and connection with the forum State are such that he should reasonably anticipate being haled into court there* ».

⁵⁶⁷ Arrêt *Hanson c. Denckla*, p. 253 : « *it is essential in each case that there be some act by which the defendant purposefully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum State, thus invoking the benefits and protections of its laws* ».

⁵⁶⁸ Arrêt *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, p. 475 : « *this 'purposeful availment' requirement ensures that a defendant will not be heled into a jurisdiction solely as a result of 'random', 'fortuitous', or 'attenuated' contacts* ».

⁵⁶⁹ WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 223.

⁵⁷⁰ Arrêt *Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall*, p. 415, note de bas de page 9 : « *When a State exercises personal jurisdiction over a defendant in a suit not arising out of or related to the defendant's contacts with the forum, the State has been said to be exercising 'general jurisdiction' over the defendant* ». Voir également, GINSBURG JANE C., *Réseaux numériques*, p. 9 ss.

⁵⁷¹ Arrêt *Millennium Enters.*, p. 910 : « *General jurisdiction refers to the authority of a court to hear any cause of action involving a defendant, regardless of whether the cause of action arose from the defendant's activities within the forum state* ».

l'État du for en vue de fonder la compétence personnelle⁵⁷². *The Court of Appeals for the Seventh Circuit* a relevé au sujet de ces liens que « [t]hese contacts must be so extensive to be tantamount to SSBO France [la défenderesse] being constructively present in the state to such a degree that it would be fundamentally fair to require it to answer in an Indiana court in 'any' litigation arising out of 'any' transaction or occurrence taking place 'anywhere' in the world »⁵⁷³.

- 328 La *Supreme Court* a, par exemple, dénié la compétence générale des autorités texanes dans un cas opposant une société colombienne qui avait fourni un service de transport par hélicoptère à une société péruvienne, laquelle était poursuivie devant les autorités texanes, suite au crash au Pérou de l'un de ses hélicoptères, par des représentants des victimes de nationalité américaine. La *Supreme Court* avait ainsi considéré que les seuls liens avec le Texas, soit 1) l'envoi de l'un des responsables de la société colombienne au Texas pour la négociation du contrat de transport, 2) l'acceptation par la société colombienne de paiements émis par une banque texane, 3) l'achat d'équipements et le recours à un service d'entraînement d'un détaillant texan, et 4) l'envoi du personnel au siège de ce détaillant afin de suivre les entraînements, ne constituaient pas des liens « continus et systématiques » avec le territoire du Texas⁵⁷⁴. Par la suite, la *Supreme Court* a également dénié la compétence générale des autorités de Caroline du Nord dans une affaire dans laquelle les parents de deux jeunes garçons décédés dans un accident de bus en France (les demandeurs) avaient ouvert action, devant les autorités de Caroline du Nord, contre la société américaine Goodyear Tires Operations S.A., dont le siège se trouvait dans l'Ohio, en invoquant le fait qu'un défaut de fabrication des pneus était à l'origine de l'accident⁵⁷⁵. La *Supreme Court* a conclu que l'absence de liens continus et systématiques ne permettait pas d'établir que la défenderesse était bien « essentially at home in the forum state »⁵⁷⁶.

(b) *Compétence personnelle spéciale*

- 329 La compétence personnelle est dite spéciale (*specific*) lorsqu'elle dépend des liens que la cause entretient avec le for⁵⁷⁷. Contrairement à la compétence générale, la

⁵⁷² Pour un examen détaillé des décisions relatives à la compétence générale, voir *infra* Chapitre troisième, I, C.

⁵⁷³ Arrêt *Purdue Research Found. c. Sanofi-Synthelabo*, p. 788.

⁵⁷⁴ Arrêt *Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall*, p. 416.

⁵⁷⁵ Arrêt *Goodyear Dunlop*.

⁵⁷⁶ Arrêt *Goodyear Dunlop*, p. 2851.

⁵⁷⁷ WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 223.

compétence spéciale sera admise dans les cas où il existe un lien « substantiel » avec le for⁵⁷⁸. L'intensité des liens requise en matière de compétence générale est ainsi plus élevée que celle exigée en matière de compétence spéciale⁵⁷⁹.

- 330 En substance, les critères de rattachement liés au domicile, à la présence ou aux liens continus et systématiques sont utilisés pour déterminer la compétence personnelle générale des tribunaux saisis alors que la compétence personnelle spéciale sera admise si le litige est en étroite relation (« *arising out of or related to* ») avec les liens que le défendeur entretient avec le for⁵⁸⁰. La compétence personnelle spéciale à l'égard d'un défendeur étranger est, par exemple, admise si le défendeur a intentionnellement agi (« *purposeful availment* ») dans l'État du for et si ces liens sont dans un rapport de causalité avec le litige⁵⁸¹.
- 331 La compétence personnelle spéciale sera également fondée si le défendeur a intentionnellement dirigé ses activités vers l'État du for ou ciblé l'État du for⁵⁸². La *Supreme Court* a en effet rendu une décision de principe dans l'arrêt *Calder*⁵⁸³. Dans cette affaire, elle a examiné les liens qu'entretenait la cause avec le for au travers d'un test basé sur les effets de l'atteinte. Cet arrêt concernait une action en diffamation intentée par une personne domiciliée en Californie contre un défendeur domicilié en Floride et portée devant les tribunaux californiens. En substance, la Cour a considéré que les tribunaux californiens étaient compétents *ratione personae*, car l'atteinte à la personnalité alléguée, véhiculée par un journal national dont la diffusion principale était en Californie, avait été subie en Californie. Selon la Cour, le défendeur avait ainsi ciblé (« *expressly aimed* »⁵⁸⁴) l'État du for, créant de la sorte les *minimum contacts* nécessaires à l'exercice de la compétence judiciaire. Dans un arrêt récent, la *Supreme Court* a précisé, au sujet de l'affaire *Calder*, que « *the proper question is not where the plaintiff experienced a particular injury or effect but whether the defendant's conduct connects him to the forum in a meaningful way* »⁵⁸⁵. Ainsi, selon la *Supreme*

⁵⁷⁸ Arrêt *Millennium Enters.*, p. 910 : « *contacts that are 'isolated' or 'sporadic' may support specific jurisdiction if they create a 'substantial connection' with the forum, the contacts must be more than random, fortuitous, or attenuated* ».

⁵⁷⁹ GILMAN JEREMY, *Personal Jurisdiction*, p. 398, et jurisprudence citée.

⁵⁸⁰ Arrêt *Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall*, p. 414, note de bas de page 8 : « *when a State exercises personal jurisdiction over a defendant in a suit arising out of or related to the defendant's contacts with the forum, the State is exercising 'specific jurisdiction' over the defendant* ».

⁵⁸¹ Arrêt *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, p. 475.

⁵⁸² Voir par exemple l'arrêt *Hanson c. Denckla*, p. 253 et arrêt *Calder*, p. 789.

⁵⁸³ Arrêt *Calder* développé *infra* Chapitre troisième, D, 2, a).

⁵⁸⁴ Arrêt *Calder*, p. 789.

⁵⁸⁵ Arrêt *Walden c. Fiore*, p. 1125.

Court, le simple fait que le demandeur ait subi une atteinte dans l'État du for ne suffit pas pour créer la compétence des tribunaux locaux. L'atteinte subie ne sera relevante que si le défendeur a créé des liens substantiels avec l'État du for.

- 332 La compétence personnelle protège ainsi la liberté individuelle du défendeur. « [t]he 'minimum contacts' inquiry principally protects the liberty of the nonresident defendant, not the interests of the plaintiff »⁵⁸⁶. Cette garantie protège le défendeur contre le risque d'être attiré devant un for qui ne serait pas adéquat.

ii. *Traditional notions of fair play and substantial justice*

- 333 La clause constitutionnelle du *due process* exige, outre les *minimum contacts* avec le for, que l'affaire ne contrevienne pas aux « *traditional notions of fair play and substantial justice* ». A l'instar des *minimum contacts*, cette condition est également multifactorielle. Dans l'arrêt de principe *World-Wide Volkswagen Corp.*, la *Supreme Court* a examiné s'il était raisonnable d'imposer au défendeur une procédure aux États-Unis, et plus précisément s'il était dans l'intérêt des autorités locales d'admettre leur compétence. Elle a en outre considéré l'intérêt du plaignant à l'obtention d'un jugement adéquat, l'intérêt général du système judiciaire interétatique à obtenir une résolution des litiges efficace et l'intérêt commun des États à la continuation de la politique sociale fondamentale (« *the shared interest of the several States in furthering fundamental substantive social policies* »)⁵⁸⁷.
- 334 Finalement, il convient de relever que la « *personal jurisdiction is an individual liberty right and is therefore waivable ; a court cannot raise personal jurisdiction sua sponte* »⁵⁸⁸. Les tribunaux saisis d'une affaire internationale devront ainsi procéder à un examen minutieux au cas par cas afin de déterminer leur compétence personnelle à l'égard du défendeur.
- 335 Les règles susmentionnées permettent ainsi de fonder la compétence des tribunaux lors de litiges comportant un élément d'extranéité. Les conditions de l'exercice de la compétence personnelle sur un défendeur qui n'est pas domicilié dans l'État du for sont soumises à une appréciation globale des « *minimum contacts* » que celui-ci entretient avec le for. Lors d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle sur Internet, le juge doit procéder à cette appréciation

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ Arrêt *World-Wide Volkswagen Corp.*, p. 292.

⁵⁸⁸ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 127.

globale, qui, comme nous le verrons par la suite, est particulièrement ardue lorsque l'atteinte est commise par le biais d'Internet.

III. Droit européen

- 336 En droit européen, les règles de conflit de juridictions sont contenues dans le Règlement Bruxelles *Ibis*. Dans la mesure où ce règlement reprend les fors, à tout le moins ceux qui sont pertinents pour la présente étude, tels qu'ils étaient prévus dans le Règlement Bruxelles I, nous nous limiterons, par mesure de simplification, à mentionner les dispositions contenues dans le Règlement Bruxelles *Ibis*. Nous nous référerons sans autre à la doctrine et à la jurisprudence rendues sous l'égide du Règlement Bruxelles I dans la mesure où elles restent pertinentes pour l'application du Règlement Bruxelles *Ibis*. Il ne sera fait mention du Règlement Bruxelles I que lorsque la situation l'exige, notamment dans le chapitre suivant⁵⁸⁹ relatif à l'interprétation des règles de conflit de juridictions en matière d'atteintes commises par Internet.

A. Compétence générale

1. Domicile du défendeur

- 337 Le domicile du défendeur dans un État membre de l'Union européenne est un élément fondamental, car il détermine tant le champ d'application du Règlement Bruxelles *Ibis* que la compétence directe en matière de litiges comportant un élément d'extranéité⁵⁹⁰.
- 338 Selon les considérants du Règlement Bruxelles *Ibis*, « [l]es règles de compétence devraient présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur. Cette compétence devrait toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement »⁵⁹¹. Le Règlement Bruxelles *Ibis* consacre ainsi la compétence générale du domicile du défendeur. Cette compétence, expression de l'adage *actor sequitur forum rei*, avait été initialement introduite en vue de favoriser le défendeur qui est plus à même de se défendre devant les tribunaux de son propre pays⁵⁹². Le for naturel

⁵⁸⁹ *Infra* Chapitre troisième.

⁵⁹⁰ Voir not. GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 2 CL/CB, n° 17-19, p. 118 s. ; VAN LITH HELENE, General Provisions, n° 3.01 ss, p. 113 ss.

⁵⁹¹ Considérant 15 du Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁵⁹² JENARD PAUL, Rapport CB, p. 18 ; PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles, p. 118.

au domicile du défendeur trouve son siège à l'art. 4 al. 1 Règlement Bruxelles *Ibis* qui stipule que « sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre ».

- 339 Initialement, la proposition de Règlement Bruxelles *Ibis* prévoyait une internationalisation totale des règles de compétence, soit un corps unifié de règles régissant la compétence internationale, et ceci sans égard au fait que le défendeur soit domicilié dans un État membre ou dans un État tiers⁵⁹³. Finalement, l'art. 4 al. 1 Règlement Bruxelles *Ibis* reprend mot pour mot le texte de l'art. 2 ch. 1 Règlement Bruxelles I⁵⁹⁴. Le for du domicile du défendeur est ainsi maintenu dans sa substance et ne concerne que les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre.
- 340 Certaines règles de compétence ont néanmoins été étendues aux hypothèses où le défendeur est domicilié dans un État tiers. Selon l'art. 6 Règlement Bruxelles *Ibis*, « [s]i le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application de l'article 18, paragraphe 1, de l'article 21, paragraphe 2, et des articles 24 et 25 [Règlement Bruxelles *Ibis*] ». La justification de cette disposition se trouve dans le besoin d'« assurer la protection des consommateurs et des travailleurs, pour préserver la compétence des juridictions des États membres dans les cas où elles ont une compétence exclusive et pour respecter l'autonomie des parties »⁵⁹⁵.
- 341 L'internationalisation des règles de compétence initialement prévue n'a finalement eu que peu d'incidence sur la refonte du Règlement Bruxelles I. Les relations avec les États tiers n'ont en effet été prises en compte que pour les règles relatives à la litispendance et à la connexité⁵⁹⁶.
- 342 Pour les personnes physiques, la notion de domicile n'a pas fait l'objet d'une définition indépendante particulière malgré certaines propositions émises lors des travaux de révision. Elle reste ainsi du ressort de la loi nationale au sens de l'art. 62 Règlement Bruxelles *Ibis*. Ce renvoi au droit interne a posé et pose des

⁵⁹³ Voir notamment GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE/KESSEDJIAN CATHERINE, Refonte, p. 438 s. ; KESSEDJIAN CATHERINE, Commentaire de la refonte, p. 118-122. Sur les raisons ayant motivé l'internationalisation totale des règles de compétence, voir VAN LITH HÉLÈNE, General Provisions, n° 3.27, p. 127 s.

⁵⁹⁴ VAN LITH HÉLÈNE, General Provisions, n° 3.01 ss, p. 113 ss.

⁵⁹⁵ Considérant 14 2^{ème} paragraphe du Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁵⁹⁶ Voir à ce sujet GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE/KESSEDJIAN CATHERINE, Refonte, p. 441-443 ; NIELSEN PETER ARNT, New Brussels I Regulation, p. 513 ss.

problèmes de transposition dans certains pays de tradition de *common law* tels que le Royaume-Uni et l'Irlande qui connaissent une définition du domicile différente de celle généralement admise dans les pays de tradition de *civil law*⁵⁹⁷. La doctrine plaide ainsi pour une définition autonome et uniforme de ce critère de rattachement, qui ne se réfère pas aux notions de droit interne⁵⁹⁸.

- 343 Le for au domicile du défendeur est un for « *convenient per se* »⁵⁹⁹. Cela signifie que les tribunaux du domicile du défendeur ne pourront pas décliner leur compétence s'ils ont valablement été saisis en vertu du Règlement Bruxelles Ibis⁶⁰⁰. Ce principe implique *de facto* que la doctrine du *forum non conveniens* issue des pays de tradition de *common law* ne peut pas trouver application dans ce cadre⁶⁰¹.

2. Exclusion du forum non conveniens

- 344 La doctrine du *forum non conveniens* implique qu'« une juridiction nationale peut décliner sa compétence au motif qu'une juridiction, également compétente, située dans un autre État, serait objectivement un for plus approprié pour connaître d'un litige, c'est-à-dire devant lequel le litige peut être tranché de manière adéquate au regard des intérêts de toutes les parties et des fins de la justice »⁶⁰². Cette doctrine permet ainsi aux tribunaux saisis de dénier leur compétence au motif que les tribunaux d'un autre État seraient plus à même de se prononcer sur le litige⁶⁰³.
- 345 L'exclusion du *forum non conveniens* a pour objectif la sécurité du droit afin d'assurer au défendeur un for à son domicile⁶⁰⁴. Il s'agit ainsi d'éviter que le

⁵⁹⁷ DICEY ALBERT V./MORRIS JOHN H. C./COLLINS LAWRENCE, *Conflict of Laws*, n° 11R-077 ss, p. 402 ss. Voir également GEIMER REINHOLD, *Kommentar*, ad art. 2 CL/CB, n° 23 ss, p. 119 ss ; SCHLOSSER PETER, *Rapport*, n° 73, p. 96.

⁵⁹⁸ Voir à ce sujet GEIMER REINHOLD, *Kommentar*, ad art. 2 CL/CB, n° 32, p. 120 s., et les références citées.

⁵⁹⁹ GEIMER REINHOLD, *Kommentar*, ad art. 2 CL/CB, n° 70, p. 127, et les références citées.

⁶⁰⁰ *Idem*, n° 70 ss, p. 127 ss.

⁶⁰¹ Voir not. BERNASCONI CHRISTOPHE/GERBER ALEXANDRA, *Forum non conveniens : un regard suisse*, p. 7-9. Le caractère contraignant du for au domicile du défendeur faisant de la sorte obstacle à l'application du principe du *forum non conveniens* a été consacré par la Cour de justice européenne dans son arrêt *Owusu* (cons. 45 s.).

⁶⁰² Arrêt *Owusu*, CJCE, cons. 8. Dans cet arrêt, la Cour de justice européenne a repris la définition du *forum non conveniens* telle qu'issue du droit anglais.

⁶⁰³ SCHLOSSER PETER, *Rapport*, n° 77, p. 97. Voir également WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 291.

⁶⁰⁴ Arrêt *Owusu*, CJCE, cons. 41 ss. Voir également DROZ GEORGES A. L./GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, *Convention de Bruxelles*, p. 609.

demandeur engage une procédure et doive assumer les frais qui en découlent en prenant le risque que le tribunal considère que sa compétence est moins appropriée que celle d'un autre tribunal et refuse, sur cette base, d'exercer sa compétence⁶⁰⁵. Les pays concernés par cette doctrine, soit principalement le Royaume-Uni et l'Irlande, devront ainsi renoncer à l'appliquer et admettre la compétence de leurs tribunaux s'ils sont saisis en vertu de l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis*⁶⁰⁶. L'exclusion de la doctrine du *forum non conveniens* ne s'arrête pas aux portes de l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis*. Elle a également vocation à s'appliquer lorsque la compétence des tribunaux saisis repose sur un autre chef de compétence tel que celui des compétences spéciales prévues dans le Règlement Bruxelles *Ibis*⁶⁰⁷. Les tribunaux saisis d'une affaire délictuelle en vertu de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* ne pourront ainsi pas décliner leur compétence au motif qu'un autre for serait plus adéquat.

- 346 Les litiges relatifs à la violation d'un droit de propriété intellectuelle pourront en conséquence toujours être portés devant les tribunaux de l'État membre du domicile du défendeur.

B. Compétence spéciale en matière délictuelle

1. Champ d'application

- 347 La présente étude porte sur la violation des droits de propriété intellectuelle. La doctrine et la jurisprudence s'entendent à dire que ce type de litige relève de la « matière délictuelle ou quasi délictuelle » au sens de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*⁶⁰⁸.

a) Matière délictuelle ou quasi délictuelle

- 348 A titre liminaire et de manière générale, il convient de relever que l'art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis* doit être interprété de manière autonome⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ SCHLOSSER PETER, Rapport, n° 78, p. 97.

⁶⁰⁶ DICEY ALBERT V./MORRIS JOHN H. C./COLLINS LAWRENCE, Conflict of Laws, n° 11-027 ss, p. 380 s. ; GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 2 CL/CB, n° 73, p. 127.

⁶⁰⁷ VAN LITH HÉLÈNE, General Provisions, n° 3.11, p. 118 s., et les références citées.

⁶⁰⁸ Voir not. FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 5.32, p. 151 ; GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 5 CL/CB, n° 213, p. 232 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 72, p. 200 ; arrêt *Pinckney*, CJUE ; arrêt *Wintersteiger*, CJUE.

⁶⁰⁹ Arrêt *Kalfelis*, CJCE, p. 5585 ; GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 5 CL/CB, n° 204 s., p. 231 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 72,

L'interprétation de cette disposition ne doit ainsi pas se faire à la lumière de la *lex causae* ni à la lumière de la *lex fori*⁶¹⁰. De surcroît, en cas de doute sur l'interprétation d'une disposition dudit Règlement, la préférence devra être donnée à la solution présentant le plus haut degré de prévisibilité⁶¹¹. Les critères de prévisibilité et de sécurité du droit sont en effet des principes cardinaux relatifs à l'interprétation du Règlement Bruxelles *Ibis*⁶¹².

- 349 Selon la Cour de justice européenne, entre dans la notion de « matière délictuelle et quasi délictuelle », au sens de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et ses versions ultérieures, tout litige qui engage la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle »⁶¹³. La « matière délictuelle » est ainsi définie négativement par rapport à la « matière contractuelle »⁶¹⁴. De sorte que le tribunal compétent pour se prononcer sur des litiges ayant un fondement délictuel sur la base des compétences spéciales prévues par l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* ne sera pas compétent pour statuer sur des conclusions ayant un fondement contractuel⁶¹⁵. Seul un tribunal compétent sur la base du for général du défendeur (art. 4 al. 1 Règlement Bruxelles *Ibis*) sera compétent pour statuer sur des conclusions à la fois délictuelles et contractuelles⁶¹⁶.
- 350 En matière de propriété intellectuelle, cette définition négative implique que toutes les actions qui concernent la responsabilité d'un contrefacteur présumé et qui n'ont pas de fondement contractuel entrent dans le champ d'application de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*⁶¹⁷.

b) Actions en matière de propriété intellectuelle

- 351 Parmi les actions qui n'ont pas de fondement contractuel se trouvent toutes les actions en responsabilité pour atteinte aux droits de propriété intellectuelle, y compris les actions préventives. Est comprise dans cette définition l'action en

p. 200 ; LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.20 s., p. 138.

⁶¹⁰ GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 5 CL/CB, n° 204 s., p. 231.

⁶¹¹ Au sens du considérant 15 du Règlement Bruxelles *Ibis*. Voir à ce sujet, LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.22, p. 139.

⁶¹² LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.22, p. 139 ; VAN LITH HÉLÈNE, General Provisions, n° 3.15, p. 121 s.

⁶¹³ Arrêt *Kalfelis*, CJCE, p. 5585.

⁶¹⁴ PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles, p. 180 ss.

⁶¹⁵ *Idem*, p. 5585 ; LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.18, p. 137.

⁶¹⁶ Arrêt *Kalfelis*, CJCE, p. 5586.

⁶¹⁷ NUYTS ARNAUD, Place of Infringement, p. 110 ss.

dommages et intérêts pour atteinte alléguée aux droits patrimoniaux, qui est l'action la plus couramment utilisée dans ce contexte⁶¹⁸. Quant aux actions préventives intégrées dans le Règlement Bruxelles I⁶¹⁹, elles ont été reprises à l'identique dans le Règlement Bruxelles *Ibis*⁶²⁰.

- 352 Les actions en constatation positives ou négatives entrent également dans le champ d'application de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*⁶²¹. Les actions en constatation négative soulèvent néanmoins certaines questions d'interprétation dans la mesure où elles tendent justement à établir l'absence de conditions de responsabilité. Certains tribunaux nationaux, notamment en Italie et en Suède, refusent d'ailleurs leur compétence dans une telle situation⁶²². Pourtant, bien que les rôles habituels en matière délictuelle soient inversés (le demandeur est le potentiel contrefacteur et le défendeur est la prétendue victime de l'atteinte à son droit), « l'application dudit article 5, point 3, n'est pas soumise à la condition que la prétendue victime ait introduit l'action »⁶²³. En effet, l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* n'a pas vocation à protéger la partie faible, contrairement à ce qui est prévu dans certaines matières spéciales du Règlement Bruxelles *Ibis*. En conséquence, le tribunal saisi d'une action en constatation négative en vertu de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* peut se déclarer compétent si les critères de rattachement prévus par cet article désignent l'État du for. Le demandeur à une action en constatation négative peut ainsi ouvrir action aux fors désignés par l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*⁶²⁴.

2. Localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit

- 353 L'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* (anciennement art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I) n'a pas été modifié lors de la refonte du Règlement Bruxelles I. Cette disposition stipule que :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre : (...) »

⁶¹⁸ Arrêts *Pinckney* et *Hejduk*, CJUE.

⁶¹⁹ Voir à ce sujet DROZ GEORGES A. L./GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, *Convention de Bruxelles*, p. 637.

⁶²⁰ LEIN EVA, *Special Jurisdiction*, ad art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.69, p. 155.

⁶²¹ *Idem*, n° 4.84, p. 161, et les références citées.

⁶²² FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.38, p. 154, et les références citées.

⁶²³ Arrêt *Folien Fischer*, CJUE, cons. 47.

⁶²⁴ *Idem*, cons. 52 ss ; FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.38, p. 154.

2) En matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

- 354 Le comité d'experts à l'origine de cette disposition avait renoncé à définir le critère de rattachement du « lieu où le fait dommageable s'est produit ». En effet, ledit comité « (...) n'a pas cru devoir régler expressément le point de savoir s'il y a lieu de prendre en considération le lieu où a été commis le fait générateur du dommage, ou le lieu où le dommage s'est réalisé, ayant estimé préférable de s'en tenir à une formulation consacrée par plusieurs législations (...) »⁶²⁵. Le critère de rattachement du lieu où le fait dommageable s'est produit pose un certain nombre de questions lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux délits transfrontaliers. Deux arrêts de principe ont été rendus en la matière, permettant au demandeur de saisir, à sa convenance, les tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit, ou les tribunaux du lieu où le résultat s'est produit.

a) *Principe d'ubiquité*

- 355 L'arrêt de référence en matière de délits transfrontaliers est l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*. Dans cette affaire, les demanderesses néerlandaises, G.J. Bier BV, une pépinière qui utilisait l'eau du Rhin pour l'arrosage de ses plantations, et la fondation Reinwater, qui avait pour but la conservation de la qualité de l'eau du Rhin, avaient ouvert action aux Pays-Bas contre la société Mines de Potasse d'Alsace, une société allemande, ayant son siège en Allemagne, pour le dommage qu'elles avaient subi suite au déversement par cette dernière de produits polluants dans le Rhin. La question de la compétence des tribunaux néerlandais ayant été soulevée par la défenderesse, la Cour de justice européenne a été saisie, à titre préjudiciel, afin d'interpréter la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit ». La Cour de justice a conclu que dans le cas où « le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression 'lieu où le fait dommageable s'est produit', dans l'article 5, 3°, de la convention, doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal »⁶²⁶.
- 356 Le principe d'ubiquité, consacré par l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, permet ainsi à la victime potentielle d'une atteinte transfrontalière d'ouvrir action, au sens de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis, soit au lieu du résultat du dommage,

⁶²⁵ JENARD PAUL, Rapport CB, p. 26, faisant référence aux systèmes allemand et français. Voir à ce sujet, HUET ANDRÉ, *Mines de Potasse d'Alsace*, p. 728.

⁶²⁶ Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE, cons. 24.

soit au lieu de l'évènement causal de ce même dommage. Cette disposition est intéressante pour les victimes d'atteintes à leur droit de propriété intellectuelle dans la mesure où elle offre une alternative au for du domicile du défendeur – lequel a l'avantage de se défendre « à la maison » – et permet au demandeur de choisir parmi les fors du lieu du résultat dommageable ou de l'évènement causal⁶²⁷.

b) *Principe de la mosaïque*

- 357 Un autre arrêt important concernant ces critères de rattachement est à relever. La Cour de justice européenne, dans l'affaire *Shevill*, a été saisie d'une question relative à l'interprétation et à la localisation de ces critères lors d'atteintes plurilocalisées. Dans cette affaire, qui concernait la diffamation au moyen d'un article de presse diffusé sur le territoire de plusieurs États contractants de la Convention de Bruxelles, la Cour de justice avait relevé que sont compétentes soit « les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit (...) les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie »⁶²⁸.
- 358 Transposés en matière de propriété intellectuelle, les principes dégagés de l'affaire *Shevill* impliquent que les tribunaux du lieu de l'acte dommageable sont compétents pour se prononcer sur l'intégralité du dommage, alors que les tribunaux du lieu du résultat sont uniquement compétents pour se prononcer sur le dommage survenu sur leur territoire (principe de la mosaïque)⁶²⁹.
- 359 Si ce principe ne présente pas de complication particulière de prime abord, le critère de rattachement du lieu où l'acte dommageable s'est produit engendre toutefois des problèmes de localisation. En effet, si la doctrine est unanime pour admettre que le lieu du résultat ne peut se situer que dans l'État où le droit de propriété intellectuelle est protégé, la problématique de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon complique la localisation du lieu où

⁶²⁷ LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH Wintersteiger, p. 1017. De manière plus générale, voir également HUET ANDRÉ, Mines de Potasse d'Alsace, p. 728 ; PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles, p. 107.

⁶²⁸ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 33.

⁶²⁹ Voir not. les arrêts de la Cour de justice européenne dans les affaires *Wintersteiger*, *Pinckney*, *Hejduk* développés *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii.

l'acte dommageable s'est produit et entraîne des divergences d'opinions. Afin d'éviter les répétitions, et dans la mesure où cette disposition est équivalente à celle prévue dans la Convention de Lugano, ce conflit doctrinal sera développé dans la partie relative à l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 CL⁶³⁰.

c) Notion de dommage

- 360 Dans le cadre de la localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit, il convient de se demander quels types de dommages sont compris dans cette notion.
- 361 Cette question a été soulevée dans l'arrêt *Marinari*. Dans cette affaire, un dommage initial avait été subi dans un État, lequel avait entraîné un préjudice patrimonial dans un autre État. La question se posait ainsi de savoir quel était le dommage sur lequel la compétence des tribunaux au sens de l'art. 5 ch. 3 CB pouvait être fondée.
- 362 La Cour de justice européenne a conclu que cette disposition « doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État »⁶³¹. La Cour de justice a basé son argumentation sur le fait que le patrimoine du défendeur ne présente pas la proximité nécessaire avec le for⁶³². Selon la Cour de justice, retenir un tel critère permettrait que « les dépenses engagées et les gains manqués consécutifs au fait dommageable initial soient constatés en un autre lieu et que, dès lors, du point de vue de l'efficacité de la preuve, une telle juridiction soit dépourvue de toute pertinence »⁶³³.
- 363 C'est ainsi le dommage initial qui présente la proximité relevante en vue de fonder la compétence des autorités du for sur la base de l'action délictuelle⁶³⁴. Les autres effets dommageables, soit ceux résultant des répercussions du dommage ou des répercussions économiques ne sont pas pris en considération⁶³⁵.

⁶³⁰ Voir *infra* Chapitre troisième, III, C, 3, b).

⁶³¹ Arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 21.

⁶³² Voir à ce sujet PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles, p. 106.

⁶³³ Arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 20.

⁶³⁴ Arrêt *Dumez*, CJCE, cons. 21.

⁶³⁵ PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles, p. 101.

d) *Pluralité de contrefacteurs*

- 364 Finalement, il est important de relever une distinction entre le for au lieu de l'évènement causal et le for au lieu où le résultat dommageable s'est produit lorsque le litige concerne une pluralité de contrefacteurs. Le for au lieu de l'évènement causal requiert du défendeur qu'il ait personnellement agi dans l'État du for pour y être attiré. Un tribunal est en effet dans l'impossibilité d'admettre sa compétence lorsque le défendeur n'a pas agi dans le ressort de sa juridiction. L'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I « doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas d'établir, au titre du lieu du fait générateur imputé à l'un des auteurs supposés d'un dommage, qui n'est pas partie au litige, une compétence juridictionnelle à l'encontre d'un autre auteur supposé dudit dommage qui n'a pas agi dans le ressort de la juridiction saisie »⁶³⁶.
- 365 Il en va différemment pour le for au lieu du résultat dommageable. La possibilité d'attirer un des auteurs présumés du dommage devant les tribunaux d'un État dans lequel il n'a pas agi est en effet uniquement possible en vertu du critère de rattachement du lieu où le résultat s'est produit et non pas au lieu de l'évènement causal⁶³⁷. Cette possibilité est également prévue à l'art. 8 ch. 1 Règlement Bruxelles *Ibis* (art. 6 ch. 1 Règlement de Bruxelles I), permettant ainsi d'ouvrir action au for du domicile de l'un des codéfendeurs lorsqu'il existe un lien de connexité entre les demandes⁶³⁸.

3. Cas particulier des marques et des brevets de l'Union européenne

- 366 En principe, la compétence internationale en matière d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle est régie par l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* (anciennement art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I). Cette règle connaît toutefois une exception relative à certaines formes de droits de propriété intellectuelle de dimension européenne. Tel est le cas des marques de l'Union européenne ainsi que des brevets de l'Union européenne⁶³⁹. Ces deux droits de propriété industrielle font l'objet de compétences particulières et exclusives, tant pour les

⁶³⁶ Arrêt *Melzer*, CJUE, cons. 42.

⁶³⁷ Arrêt *Hi Hotel*, CJUE, cons. 33 ss.

⁶³⁸ Arrêt *Melzer*, CJUE, cons. 39.

⁶³⁹ Voir *supra* Chapitre deuxième, III, B, 3. À noter toutefois que le paquet brevet de l'Union européenne n'est pas encore en vigueur.

actions relatives à l'inscription ou à la validité de ces droits que pour les actions en contrefaçon⁶⁴⁰.

a) *Marques de l'Union européenne*

- 367 En matière de marques de l'Union européenne, ce sont les États membres qui désignent sur leurs territoires les tribunaux de première et de deuxième instance compétents pour les marques communautaires⁶⁴¹.
- 368 La compétence internationale des tribunaux des marques de l'Union européenne est réglée à l'art. 97 Règlement n° 207/2009⁶⁴². Selon cette disposition, les actions en contrefaçon ou portant sur la validité d'une marque de l'Union européenne, peuvent être portées en premier lieu devant les tribunaux de l'État membre de domicile, subsidiairement⁶⁴³ de l'établissement du défendeur⁶⁴⁴. Si ces lieux ne sont pas localisés dans un État membre, le demandeur peut agir devant les tribunaux de son domicile, subsidiairement, de son établissement⁶⁴⁵. Si le défendeur et le demandeur ne possèdent ni domicile ni établissement dans un État membre, les tribunaux du siège de l'Office⁶⁴⁶ sont compétents⁶⁴⁷.
- 369 Les actions en contrefaçon (sauf celles en déclaration de non-contrefaçon) peuvent également être portées devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le fait de contrefaçon a été commis ou menace d'être commis⁶⁴⁸. Ce critère de rattachement, quelque peu différent du critère de rattachement de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, doit-il être compris comme concrétisant le principe d'ubiquité, laissant ainsi le choix au demandeur d'agir devant les tribunaux du lieu du résultat dommageable ou ceux de l'évènement causal ? La

⁶⁴⁰ Art. 96 Règlement n° 207/2009, dont la teneur n'a pas été modifiée par le Règlement n° 2015/2414. Au sujet des marques communautaires, voir également les Conclusions de l'avocat général NIILLO JÄÄSKINEN, présentées le 21 novembre 2013 dans l'affaire *Coty Germany*, CJUE, cons. 27 s.

⁶⁴¹ Art. 95 par. 1 Règlement n° 207/2009, dont la teneur n'a pas été modifiée par le Règlement n° 2015/2424.

⁶⁴² L'art. 97 Règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire n'a pas été modifié par le Règlement n° 2015/2424, entré en vigueur en mars 2016.

⁶⁴³ Si le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre.

⁶⁴⁴ Art. 97 par. 1 Règlement n° 207/2009.

⁶⁴⁵ Art. 97 par. 2 Règlement n° 207/2009.

⁶⁴⁶ Selon le considérant 12 du Règlement n° 207/2009, l'Office (de l'harmonisation) est un organisme ayant la personnalité juridique qui exerce les pouvoirs d'exécution issus dudit règlement.

⁶⁴⁷ Art. 97 par. 3 Règlement n° 207/2009.

⁶⁴⁸ Art. 97 par. 5 Règlement n° 207/2009.

question a été tranchée par la négative par la Cour de justice européenne, laquelle a affirmé que « tant la genèse que le contexte du règlement (...) confirment la volonté du législateur de l'Union de déroger à la règle de compétence prévue à l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001 [Règlement Bruxelles I] compte tenu, notamment, de l'insuffisance de cette dernière règle de compétence pour répondre aux problèmes particuliers relatifs à la violation d'une marque communautaire »⁶⁴⁹. Le demandeur à l'action en contrefaçon de sa marque de l'Union européenne ne pourra ouvrir action que devant les tribunaux où l'acte illicite a été commis⁶⁵⁰, à savoir devant les tribunaux du lieu de l'évènement causal⁶⁵¹.

- 370 Il convient finalement de relever que l'acceptation tacite de compétence ainsi que la prorogation de for ne sont permises qu'à l'égard d'un autre tribunal des marques de l'Union européenne⁶⁵².
- 371 Quid si le défendeur est domicilié en Suisse ? La Convention de Lugano ne peut trouver application en raison de l'art. 67 par. 1 CL et du Protocole n° 3 relatif à l'application de l'art. 67 de la convention, qui réservent les conventions dans les matières particulières, dont le Règlement relatif aux marques de l'Union européenne fait partie⁶⁵³. Il en découle que si le demandeur ouvre malgré tout action en contrefaçon au for du domicile suisse du défendeur, sur la base de l'art. 2 CL, la décision suisse ne pourra pas être, par la suite, reconnue dans un des États membres de l'Union européenne, car elle ne respecte pas les compétences exclusives prévues en la matière⁶⁵⁴.

b) Brevets de l'Union européenne

- 372 L'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet institue une juridiction comprenant un tribunal de première instance, une cour d'appel et un greffe (la « Juridiction »)⁶⁵⁵. Le tribunal de première instance aura une division centrale à

⁶⁴⁹ Arrêt *Coty Germany*, CJUE, cons. 36.

⁶⁵⁰ *Idem*, cons. 37.

⁶⁵¹ GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 61.

⁶⁵² Art. 97 § 4 Règlement n° 207/2009. Cette disposition renvoie ainsi aux art. 23 et 24 Règlement Bruxelles I.

⁶⁵³ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109-111 LDIP, n° 42, p. 900.

⁶⁵⁴ *Idem*, ad art. 109-111 LDIP, n° 43, p. 900.

⁶⁵⁵ Art. 6 par. 1 Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet.

Paris, ainsi que des sections à Londres et à Munich⁶⁵⁶. La Cour d'appel siègera au Luxembourg⁶⁵⁷.

- 373 L'art. 31 de l'Accord dispose que la compétence internationale de la Juridiction est établie conformément au Règlement Bruxelles *Ibis* ainsi que sur la base de la Convention de Lugano. Cette juridiction unique aura ensuite une compétence exclusive pour toutes les actions prévues à l'art. 32 de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, soit notamment, les actions en contrefaçon ou en menace de contrefaçon de brevets⁶⁵⁸, les actions en constatation de non-contrefaçon de brevets, les actions visant à obtenir des mesures provisoires, les actions en nullité et les demandes reconventionnelles en nullité ainsi que les actions en dommages-intérêts ou en réparation.
- 374 L'interprétation du *forum delicti* par la Cour de justice européenne dans ses arrêts *Mines de Potasse d'Alsace* et *Shevill* tient une place importante dans le cadre de la détermination de la compétence internationale des tribunaux européens. La théorie de la mosaïque, issue de l'arrêt *Shevill*, aura en outre une résonance particulière pour la présente étude, dans la mesure elle est particulièrement apte à régir les délits commis sur Internet⁶⁵⁹ qui, par définition, sont plurilocalisés. Ces principes possèdent également un rayonnement dépassant les frontières de l'Union européenne, à l'image du droit suisse qui les a repris à son compte.

IV. Droit suisse

- 375 En droit suisse, les règles de conflit de juridictions sont contenues dans la Convention de Lugano ainsi que dans la LDIP. En raison de la primauté de la Convention de Lugano prévue à l'art. 1 al. 2 LDIP⁶⁶⁰, nous commencerons par étudier les caractéristiques de cet instrument (A) avant d'examiner les règles de la LDIP (B). Cette systématique sera conservée dans la suite de la présente étude.

⁶⁵⁶ Art. 7 par. 2 Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet.

⁶⁵⁷ Art. 9 par. 5 Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet.

⁶⁵⁸ Selon l'art. 32 al. 1a), « [l]a Juridiction a une compétence exclusive pour : a) les actions en contrefaçon ou en menace de contrefaçon de brevets et de certificats complémentaires de protection et les défenses y afférentes, y compris les demandes reconventionnelles concernant les licences ». Au sujet de la compétence exclusive de la Juridiction, voir BRINKHOF JAN/OHLY ANSGAR, *Unified Patent Court in Europe*, p. 209 ss ; CALLENS PIETER/GRANATA SAM, p. 85 s.

⁶⁵⁹ HESS BURKHARD/PFEIFFER THOMAS/SCHLOSSER PETER, *Report Brussels I*, n° 201, p. 58.

⁶⁶⁰ Voir *supra* Chapitre premier, V, B, 3, b), ii.

A. Convention de Lugano

1. Compétence générale

- 376 « Le domicile du défendeur est le pivot des règles de compétence »⁶⁶¹. L'accent a ainsi été mis sur le domicile du défendeur par opposition au domicile du demandeur, lequel n'a pas été considéré comme relevant⁶⁶² conformément au principe *actor sequitur forum rei*⁶⁶³.
- 377 La compétence générale au domicile du défendeur est prévue à l'art. 2 par. 1 CL de la manière suivante :
- « Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État lié par la présente Convention sont atraïtes, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État ».
- 378 Cette compétence est identique à celle prévue à l'art. 2 de la Convention de Lugano de 1988. Elle est justifiée par le lien étroit qui existe entre le défendeur et le tribunal⁶⁶⁴.
- 379 La notion de domicile fait l'objet des art. 59 à 61 CL.
- 380 Pour les personnes physiques et selon la situation, la détermination du domicile se fera à la lumière de lois différentes. Dans l'hypothèse prévue par l'art. 59 ch. 1 CL et « [p]our déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'État lié par la présente Convention dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne ». C'est ainsi à la lumière de ses propres notions internes que le juge doit examiner si le défendeur a bien son domicile dans son État⁶⁶⁵. Dans la deuxième hypothèse, « [l]orsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'État dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre État lié par la présente convention, applique la loi de cet État » au sens de l'art. 59 ch. 2 CL. Le juge saisi devra donc examiner la notion de domicile selon le droit de l'État dans lequel le défendeur est domicilié. Si le défendeur est domicilié en Suisse, il appliquera le droit international privé suisse, s'il est domicilié dans un autre État membre, il appliquera le droit international privé de cet État membre⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ JENARD PAUL/MÖLLER GUSTAF, Rapport CL, p. 65.

⁶⁶² ATF 132 III 778, cons. 2.1 ; ATF 129 III 738, cons. 3.2.

⁶⁶³ ATF 130 III 285.

⁶⁶⁴ POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 10.

⁶⁶⁵ Si le juge saisi est suisse, le domicile sera déterminé selon l'art. 20 LDIP, voir *infra* Chapitre deuxième, IV, B, c), i.

⁶⁶⁶ BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 59 CL, n° 1, p. 2075.

- 381 Si le domicile recherché concerne une société, le renvoi à la loi interne est exclu. En effet, l'art. 60 CL définit expressément le domicile des sociétés et des personnes morales, mettant ainsi un terme à l'incertitude quant à l'application de l'art. 53 ch. 1 aCL⁶⁶⁷. Cette règle matérielle de droit international privé dispose dorénavant que le domicile des sociétés et des personnes morales se situe au lieu de leur siège statutaire, au lieu de leur administration centrale, ou au lieu de leur principal établissement⁶⁶⁸. Selon le Message CL, cette définition autonome signifie que « 'le siège statutaire' découle des statuts de la société, que 'l'administration centrale' est celle où se prennent les décisions et où se trouve la direction d'exploitation de la société ou d'autres personnes morales – soit en règle générale au siège de ses organes – et que 'l'établissement principal' est celui où se déroule en pratique l'activité essentielle de la société, c'est-à-dire le lieu où se concentrent son personnel et ses ressources matérielles »⁶⁶⁹. L'art. 60 ch. 2 CL a été ajouté afin de s'adapter aux particularités du Royaume-Uni et de l'Irlande, harmonisant ainsi les différentes méthodes appliquées auparavant en la matière, soit celle de l'incorporation et celle du siège.
- 382 Selon la teneur de l'art. 2 CL, la compétence générale du domicile du défendeur n'est admise que sous réserve de certaines compétences⁶⁷⁰. La réserve concerne les compétences de la partie spéciale de la Convention de Lugano, les compétences exclusives ainsi que les prorogations de for et les acceptations tacites de compétence⁶⁷¹.
- 383 En matière de propriété intellectuelle, outre la compétence exclusive des tribunaux du lieu de protection pour les litiges relatifs à la validité ou à l'inscription de tels droits au sens de l'art. 22 ch. 4 CL, les litiges portant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle entrent dans le champ d'application de l'art. 5 ch. 3 CL.

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁶⁸ L'art. 60 CL dispose que « 1. Pour l'application de la présente Convention, les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé : a) leur siège statutaire ; b) leur administration centrale ; ou c) leur principal établissement.

2. Pour le Royaume-Uni et l'Irlande, on entend par 'siège statutaire' le registered office ou, s'il n'existe nulle part de registered office, la place of incorporation (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la formation (la constitution) a été effectuée. (...) ».

⁶⁶⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1522.

⁶⁷⁰ ATF 130 III 285, cons. 4.

⁶⁷¹ Voir not. BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 1-79 CL, n° 18 s., p. 1785.

2. Compétence spéciale

a) *Champ d'application*

- 384 Alternativement au for général de son domicile, le défendeur peut être attiré dans un autre État en application des art. 5 à 7 CL⁶⁷². Ces dispositions prévoient en effet plusieurs fors spéciaux dans diverses matières et trouvent leur justification par le lien particulier qu'entretient le litige avec le tribunal compétent⁶⁷³. Un lien suffisamment étroit doit ainsi exister entre le litige et le tribunal afin de justifier une compétence spéciale au sens des art. 5 à 7 CL, compétence qui permettra de faciliter le déroulement efficace de la procédure, l'organisation du procès ainsi que l'obtention des preuves⁶⁷⁴.
- 385 Les fors prévus à l'art. 5 CL sont alternatifs à celui de l'art. 2 CL de sorte qu'il appartient au demandeur de choisir où il entend ouvrir action⁶⁷⁵. Ce choix ne peut toutefois intervenir que lorsque le for ouvert par l'art. 5 CL se situe dans un autre État lié par la convention que celui du domicile du défendeur⁶⁷⁶.
- 386 Les litiges portant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle relevant de la « matière délictuelle ou quasi délictuelle »⁶⁷⁷, l'art. 5 ch. 3 CL est applicable aux fins de fonder la compétence du juge de la contrefaçon⁶⁷⁸. Cette disposition doit être interprétée de manière autonome⁶⁷⁹. La matière délictuelle doit ainsi être définie de manière négative par rapport à la matière contractuelle⁶⁸⁰. L'art. 5 ch. 3 CL dispose que :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État lié par la présente Convention peut être attirée, dans un autre État lié par la présente convention : (...)

⁶⁷² BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 1, p. 1810.

⁶⁷³ JENARD PAUL/MÖLLER GUSTAF, Rapport CL, p. 65. ATF 133 III 282, cons. 4.4.

⁶⁷⁴ POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 10. Dans ce sens également : Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, p. 1735 ; ATF 133 III 282, cons. 4.1 ; ATF 125 III 346, cons. 4b ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 148, p. 1848.

⁶⁷⁵ Voir not. HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 456, p. 208.

⁶⁷⁶ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 6, p. 1811 ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 148, p. 1848.

⁶⁷⁷ Voir not. BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 118, p. 1841 ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 144, p. 1847 ; ATF 132 III 579 ; ATF 132 III 778 ; Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4P_17/2001 du 18 avril 2001.

⁶⁷⁸ Voir not. BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 118, p. 1841, voir *supra* Chapitre premier, III, B, 1 par analogie.

⁶⁷⁹ Voir not. ACOCELLA DOMENICO, LugÜ Kommentar, ad art. 5 ch. 3 CL, n° 230 ss, p. 2015 ss ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 466, p. 210 ; CONSEIL FÉDÉRAL, Message aCL, p. 289 qui renvoie à l'Arrêt *Kalfelis*, p. 5585 ; ATF 125 III 346, cons. 4a).

⁶⁸⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message aCL, p. 289.

3. en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

- 387 Les travaux du groupe de travail *ad hoc* ont conduit à préciser le champ d'application de l'art. 5 ch. 3 CL par l'inclusion des termes « ou risque de se produire » qui étaient absents du texte de la Convention de Lugano de 1988. Le souci de couvrir explicitement les actions en prévention du trouble est justifié par une volonté d'harmonisation des interprétations données au niveau national. Cette possibilité était néanmoins déjà comprise (implicitement) sous l'égide de l'art. 5 ch. 3 aCL. Il est en effet généralement admis que le tribunal du lieu de l'acte dommageable est en principe celui qui entretient les liens les plus étroits et qui est, pour cette raison, le plus compétent pour prendre les mesures visant à prévenir un dommage⁶⁸¹.
- 388 Le for de l'art. 5 ch. 3 CL est-il également ouvert aux actions négatoires ? L'acceptation de la compétence des tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit pour ce type d'action est controversée⁶⁸². A l'origine, le for au lieu du fait dommageable n'était en effet pas applicable pour les actions en constatation négative. Le défendeur à l'action en constatation de la non-contrefaçon ne pouvait être attiré devant les tribunaux de l'État du lieu de l'acte dommageable que si un fait dommageable s'y était effectivement produit. Il ne pouvait en effet pas être concevable qu'un juge puisse être compétent pour décider qu'un événement qui ne s'est pas (encore) réalisé ne constitue pas une atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁶⁸³. Cette conception était en tout cas celle qui avait cours avant l'introduction dans le texte de l'art. 5 ch. 3 CL de la possibilité d'agir, sous ce même chef de compétence, en prévention du trouble. Suite à cette modification législative et à l'inclusion des actions en prévention, la situation a changé⁶⁸⁴.
- 389 Le Tribunal fédéral a reconnu que les actions négatoires doivent pouvoir être intentées aux mêmes fors que les actions positives en exécution d'une prestation, soit, en matière délictuelle, au lieu de l'acte dommageable au sens de

⁶⁸¹ Voir à ce sujet POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 15.

⁶⁸² Le TF a ainsi relevé dans son ATF 133 III 282, cons. 4.2, que « [d]ie Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage am Deliktsort ist in der Lehre nicht unumstritten ». Cette affirmation peut également s'expliquer au vu de l'interprétation donnée en la matière par le TF lorsque la LDIP s'applique (voir *infra* Chapitre premier, IV, B.).

⁶⁸³ VÉRON PIERRE, Trente ans d'application de la CB, p. 826 s. Cet article avait été écrit sous l'égide de la Convention de Bruxelles, mais ces développements peuvent être appliqués par analogie à l'art. 5 ch. 3 CL et à l'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP.

⁶⁸⁴ Voir dans ce sens, VÉRON PIERRE, Trente ans d'application de la CB, p. 827.

l'art. 5 ch. 3 CL⁶⁸⁵. La question est problématique en ce qui concerne les actions en constatation de la validité des droits de propriété intellectuelle qui, selon le Tribunal fédéral, doivent être intentées au for désigné par les règles applicables en matière de violation du droit de propriété intellectuelle⁶⁸⁶.

b) Localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit.

- 390 L'interprétation de l'art. 5 ch. 3 CL se calquant sur celle donnée par la Cour de justice européenne du critère de rattachement du lieu où le fait dommageable s'est produit, les principes prévalant sous l'égide de la Convention de Bruxelles, du Règlement Bruxelles I et du Règlement Bruxelles *Ibis* sont applicables par analogie⁶⁸⁷. Selon la théorie de l'ubiquité, le lieu où le dommage s'est produit correspond ainsi tant au lieu de l'acte qu'à celui du résultat⁶⁸⁸. En cas d'actes partiels exercés dans plusieurs États membres, les tribunaux de chacun d'eux seront compétents au titre de lieu de l'acte⁶⁸⁹.
- 391 Lors des travaux préparatoires relatifs à la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, il avait d'ailleurs été proposé de distinguer le lieu de l'acte et le lieu du résultat et de les inclure tous deux dans le libellé de la disposition. Cette proposition a néanmoins été rejetée par le groupe de travail *ad hoc* au motif qu'il n'était pas nécessaire de modifier un texte dont le sens a été clairement établi par la jurisprudence, car cela pourrait conduire à de nouvelles difficultés d'interprétation. Une telle modification aurait notamment engendré la possibilité

⁶⁸⁵ ATF 133 III 282, cons. 4 ; ATF 125 III 346, cons. 4b), dans lequel le TF relève que « [d]ie *Klage auf Feststellung, dass der Kläger für einen vom Beklagten zum Ersatz beanspruchten Schaden nicht hafte, betrifft (...) denselben Anspruch wie die spiegelbildliche Klage der Gegenpartei auf Feststellung, dass der Kläger für diesen Schaden hafte* » ; voir dans ce sens également, ATF 123 III 414, cons. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_40/2007 du 24 avril 2007, cons. 7.4.2. Dans sa décision ATF 132 III 778, le TF a mentionné que les actions négatoires devaient être portées principalement devant les tribunaux du domicile du défendeur au sens de l'art. 2 CL et qu'un for au lieu de l'acte dommageable au sens de l'art. 5 ch. 3 CL ne pouvait être ouvert qu'exceptionnellement (cons. 2). En l'occurrence, le TF a conclu que les tribunaux suisses ne pouvaient pas être compétents en application de cette dernière disposition, car la violation du brevet étranger ne pouvait intervenir que dans l'État de protection (et y fonder un for au lieu du résultat), État qui, dans le cas d'espèce, n'était pas la Suisse (cons. 3).

⁶⁸⁶ ATF 132 III 579, cons. 3.6. Selon le TF, ce type d'action ne relèverait ainsi pas des compétences exclusives de l'art. 16 ch. 4 aCL (actuellement art. 22 ch. 4 CL) couvrant les litiges relatifs à la validité et à l'inscription des droits de propriété intellectuelle. Voir à ce sujet *infra* Chapitre deuxième, IV, B, 2, b).

⁶⁸⁷ Voir not. ACOCELLA DOMENICO, *LugÜ Kommentar*, ad art. 5 ch. 3 CL, n° 232, p. 216.

⁶⁸⁸ Voir *supra* Chapitre deuxième, B, 2, a).

⁶⁸⁹ ATF 125 III 346 cons. 4.c) aa).

pour le demandeur d'exiger, tant au lieu de l'acte que du résultat, la réparation intégrale du dommage transfrontalier causé, cas échéant, dans différents États. Cette solution aurait été contraire à la jurisprudence de la Cour de justice européenne dans son arrêt *Shevill*⁶⁹⁰ et conduirait en outre à un *forum shopping* accru, qui avantagerait ainsi de manière démesurée le demandeur⁶⁹¹.

- 392 En matière de propriété intellectuelle, le Tribunal fédéral a considéré que le lieu où le dommage s'est produit au sens de l'art. 5 ch. 3 CL ne pouvait intervenir que dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle⁶⁹². Le Tribunal fédéral, saisi d'un litige portant sur la violation d'un brevet étranger (européen), a en effet conclu qu'il n'existait pas de for en Suisse au sens de l'art. 5 ch. 3 CL. Il a exclu la compétence des tribunaux du lieu de l'acte (en Suisse) par le fait que la violation du droit de propriété intellectuelle (en l'occurrence du brevet) ne pouvait avoir lieu que dans le pays de protection et que le droit applicable était celui du pays de protection, excluant ainsi la proximité avec le for, exigée par l'art. 5 ch. 3 CL⁶⁹³. Cet arrêt a cependant soulevé des critiques, tant sur le plan de l'ubiquité⁶⁹⁴, qu'au niveau des liens entre le for et le litige⁶⁹⁵, ainsi qu'au niveau de l'interdépendance entre le for et le droit applicable. Nous examinerons par la suite si cette jurisprudence est toujours d'actualité eu égard aux derniers arrêts de la Cour de justice européenne⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 33.

⁶⁹¹ POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 14 s.

⁶⁹² ATF 132 III 778, cons. 3.

⁶⁹³ ATF 132 III 778, cons. 3. Du même avis, DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 148, p. 1848 ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 457.

⁶⁹⁴ Voir not. RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 132 ss ; VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Rechtsprechung 2006, p. 533 s. Selon ces auteurs, la position du Tribunal fédéral peine à convaincre dans la mesure où le droit applicable ne doit pas être pris en considération au stade de l'examen de la compétence. Selon eux, cette position va à l'encontre du système mis en place par l'art. 5 ch. 3 CL qui permet au demandeur de choisir entre les tribunaux du lieu de l'acte et les tribunaux du lieu du résultat. Voir également BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, Droit international privé, n° 943, p. 266 ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 608, p. 240.

⁶⁹⁵ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 108, p. 1839, considère que retenir l'incompétence du juge au motif que la cause n'entretient pas de lien suffisant avec le for « ne paraît pas entièrement compatible avec le souci de prévisibilité à la base de l'art. 5 qui a conduit la Cour de justice à rejeter, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, l'application de la doctrine du *forum non conveniens* ». SCHLOSSER PETER, Rapport, n° 78, p. 97, avait également relevé que « (...) l'applicabilité d'un droit étranger ne peut pas, en principe comme en pratique, constituer une raison suffisante pour qu'un tribunal décline sa compétence, le demandeur bénéficie délibérément d'un choix, lequel ne doit pas être affaibli par l'application de la '*doctrine of the forum non conveniens*' ».

⁶⁹⁶ *Infra* Chapitre troisième, III, C, 2, b).

- 393 A l'image de la situation prévalant en droit européen, l'exclusion de la dissociation entre le lieu de l'acte et celui du résultat lors d'actions en violation de droits de propriété intellectuelle étrangers est quelque peu problématique⁶⁹⁷. Si le lieu du résultat est localisé sur le territoire sur lequel le droit dont la violation est invoquée est protégé⁶⁹⁸, la doctrine est partagée lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu de l'acte dommageable. Certains auteurs estiment que rien n'empêche qu'un acte dommageable survienne en dehors du pays de protection⁶⁹⁹. Tel serait le cas d'actes partiels⁷⁰⁰ commis dans un autre État, d'import, d'export ou de transit de biens contrefaits ainsi que de commandes effectuées dans un autre État que l'État de leur livraison⁷⁰¹. Le système mis en place par la Convention de Lugano avec la théorie de l'ubiquité pourrait de la sorte être appliqué en matière de contrefaçon et justifier un for au lieu de l'acte, quand bien même le résultat de cet acte s'est produit dans un autre État (soit l'État de protection du droit)⁷⁰². Une autre partie de la doctrine considère, *a contrario* et par application de la jurisprudence issue de l'ATF 132 III 778, que l'art. 5 ch. 3 CL ne peut ouvrir un for en Suisse que si la violation invoquée concerne un droit de propriété intellectuelle suisse, car c'est uniquement au lieu de protection que la violation peut avoir lieu⁷⁰³. Selon DUCOR, l'art. 5 ch. 3 CL désignerait bien deux tribunaux distincts (au lieu de l'événement causal et du résultat dommageable), mais à l'intérieur du même État, soit celui de protection du droit. La théorie de l'ubiquité

⁶⁹⁷ Voir not. HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 605, p. 240, qui relève que cette exclusion pose des « *spezifische Schwierigkeiten* » ; OBERHAMMER PAUL, Kommentar LugÜ, ad art. 5 LugÜ, n° 107, p. 156, qui soutient sans autre précision que l'exclusion de la dissociation est « *allerdings problematischer* ».

⁶⁹⁸ Voir not. HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 607, p. 240.

⁶⁹⁹ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 760, p. 632, qui considère que « (...) *eine im Ausland erfolge physische Handlung inländische Markenrecht verletzen kann* ». Voir également RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 132 ss ; VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Rechtsprechung 2006, p. 533.

⁷⁰⁰ À noter toutefois que de simples actes préparatoires ne suffisent pas à fonder un for au lieu de commission. Voir à ce sujet not. ATF 125 III 346 cons. 4.c) aa), et les références citées.

⁷⁰¹ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 764 ss, p. 635 ss ; WILDERSPIN MICHAEL, p. 794. Voir également HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 609, p. 241. C'est ce qui avait été retenu dans l'ATF 129 III 25, cons. 2.3. Dans cet arrêt, le TF avait admis la compétence des autorités suisses pour se prononcer sur la production à l'étranger de produits contrefaisant le brevet suisse de la demanderesse au motif que la défenderesse favorisait l'importation de ces produits en Suisse, entraînant de la sorte une violation en Suisse. Cet arrêt concernait néanmoins l'application de l'art. 109 al. 2 LDIP.

⁷⁰² LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Deliktzuständigkeit, p. 218 ss ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 608, p. 240 s.

⁷⁰³ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 148, p. 1848. Voir également BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 118, p. 1841.

issue de l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* pourrait s'appliquer de manière interne à un État⁷⁰⁴.

3. Articulation entre l'art. 5 ch. 3 CL et l'art. 2 CL en matière de violation de droits de propriété intellectuelle.

- 394 Il convient de rappeler que le for de l'art. 5 ch. 3 CL permet d'attirer un défendeur dans un autre État membre que celui de son domicile. Il en découle que si le défendeur a son domicile dans l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle est protégé, la compétence issue de l'art. 5 ch. 3 CL ne fait de sens que si le lieu de l'acte (ou celui du résultat) se situe dans un autre État. Si le lieu du résultat est situé dans l'État de protection (soit en l'occurrence dans l'État de domicile), l'art. 5 ch. 3 CL ne peut ouvrir qu'un for au lieu de l'acte (à l'étranger). Tel est le cas par exemple si le défendeur, domicilié en Allemagne, est propriétaire d'une marque enregistrée en Allemagne et saisit les tribunaux suisses du lieu de l'acte dommageable. Si l'on considère, comme une partie de la doctrine, que le lieu de l'acte et du résultat ne peuvent se situer que dans le pays de protection, le domicile du défendeur dans cet État exclut l'application de l'art. 5 ch. 3 CL⁷⁰⁵.
- 395 La question de l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 CL reste de mise lorsque le demandeur a enregistré son droit dans un autre État que celui de son domicile (on peut imaginer l'hypothèse où une personne enregistre sa marque dans les pays dans lesquels elle a un intérêt économique à la protection de sa marque). Dans ce cas, la problématique de la détermination du lieu de l'acte et de celui du résultat est entière.
- 396 D'un point de vue suisse, cela signifie que les tribunaux suisses pourront examiner leur compétence en vertu de l'art. 5 ch. 3 CL uniquement si le défendeur a son domicile à l'étranger, dans un autre État lié par la Convention de Lugano.

4. Articulation entre l'art. 2 CL et l'art. 5 ch. 3 CL avec la LDIP

- 397 A titre liminaire, il convient de rappeler qu'aux termes de l'art. 1 al. 2 LDIP, la LDIP est applicable en matière internationale, sous réserve des traités internationaux. Dès lors, lorsque la Convention de Lugano est applicable, la LDIP lui cède le pas, à tout le moins en matière de compétence internationale. La LDIP

⁷⁰⁴ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 149, p. 1849. Admettant la compétence des tribunaux, tant au lieu de l'acte qu'à celui du résultat à l'intérieur du même État, voir DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 556, p. 230.

⁷⁰⁵ Dans ce sens, JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 32, p. 921 s.

peut en effet être appliquée conjointement avec la Convention de Lugano en vue de déterminer la compétence interne, soit les tribunaux compétents *ratione loci* à l'intérieur du territoire suisse.

- 398 L'art. 2 par. 1 CL détermine la compétence des tribunaux de l'État membre du domicile du défendeur. Cette compétence est une compétence internationale⁷⁰⁶. Il faudra ainsi rechercher les autorités compétentes *ratione loci* pour déterminer la compétence interne. La compétence interne sera déterminée par les règles de droit international privé de l'État désigné par l'art. 2 CL⁷⁰⁷. En matière de propriété intellectuelle et si les tribunaux suisses sont désignés compétents, la compétence interne devra être recherchée à l'art. 109 LDIP⁷⁰⁸.
- 399 L'art. 5 ch. 3 CL est une règle de compétence internationale et interne, qui désigne directement le tribunal compétent à l'intérieur de l'État désigné sans requérir l'application des règles de conflit de juridictions nationales⁷⁰⁹.

B. LDIP

1. Compétence générale

- 400 Le principe du juge naturel a trouvé sa place à l'art. 2 LDIP. Cet article consacre le principe internationalement reconnu du for au domicile du défendeur.
- 401 Les cas d'application de l'art. 2 LDIP sont toutefois extrêmement restreints. En effet, dans la LDIP, et contrairement à l'art. 2 CL, cette compétence générale est subsidiaire aux fors prévus dans les matières spéciales de la LDIP. De surcroît et en vertu du principe de primauté des traités internationaux prévu à l'art. 1 al. 2 LDIP⁷¹⁰, l'art. 2 LDIP ne s'appliquera pas dans les situations tombant dans le champ d'application de la Convention de Lugano.
- 402 Dans la mesure où la propriété intellectuelle relève de la matière « civile et commerciale », elle est couverte par le champ d'application matériel de la convention. En conséquence, si le défendeur est domicilié en Suisse (champ

⁷⁰⁶ Voir not. GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 2 CL/CB, n° 40, p. 122.

⁷⁰⁷ JENARD PAUL, Rapport CB, p. 18.

⁷⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_146/2010 du 2 juin 2010, cons. 4.1 ; Cour de justice de Genève du 19 mai 2000, in : sic ! 2000, p. 652.

⁷⁰⁹ ATF 125 III 346, cons. 4b). Voir également BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 105, p. 1838 ; DUCOR PHILIPPE Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 148, p. 1848, qui relève que les arrêts en matière de propriété intellectuelle qui appliquent de manière conjointe l'art. 5 ch. 3 CL et l'art. 109 LDIP le font de manière erronée.

⁷¹⁰ Voir à ce sujet, GUILLAUME FLORENCE, La LDIP et les conventions, p. 168 ss.

d'application territorial et personnel de la convention), la Convention de Lugano s'applique, excluant de la sorte l'application, sauf lacune de la LDIP⁷¹¹, de l'art. 2 LDIP.

2. Compétence spéciale

a) Historique

- 403 Lors de l'élaboration de la LDIP, la commission d'experts n'avait pas prévu de dispositions particulières dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le Conseil fédéral a toutefois demandé que l'avant-projet soit complété dans ce sens⁷¹².
- 404 Dans le projet du Conseil fédéral, les règles relatives à la propriété intellectuelle furent initialement intégrées dans le chapitre des droits réels⁷¹³.
- 405 La compétence internationale faisait l'objet d'une disposition distincte, prévue à l'art. 97 P-LDIP qui disposait que « [l]es tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut de domicile, ceux du lieu pour lequel la protection est demandée, sont compétents pour connaître des actions relatives à l'existence des droits de propriété intellectuelle et aux droits réels s'y rapportant ». Le dernier rattachement, au lieu pour lequel la protection est demandée – pendant à la *lex rei sitae* des droits réels – remportait en effet l'aval de la doctrine de l'époque⁷¹⁴.
- 406 Le droit applicable et la reconnaissance des décisions étrangères en matière de propriété intellectuelle étaient réglés par l'art. 104 P-LDIP, respectivement l'art. 108 al. 3 P-LDIP⁷¹⁵. Le critère de rattachement prévu pour la compétence internationale, soit le lieu de l'État pour lequel la protection est demandée, avait également été retenu en matière de droit applicable⁷¹⁶. L'art. 108 al. 3 P-LDIP

⁷¹¹ Ce chef de compétence a été retenu par le TF dans un arrêt n.p. 4A_442/2014 du 7 janvier 2015. L'application de l'art. 2 LDIP s'insérait néanmoins dans le cadre d'une controverse sur le champ d'application de l'art. 109 al. 1 LDIP. Selon notre Haute Cour, l'action intentée contre le défendeur domicilié en Suisse ne tombait pas dans le champ d'application de l'art. 109 al. 1 LDIP et n'était prévue dans aucune disposition spéciale de la loi, de sorte que les autorités neuchâteloises du domicile du défendeur étaient compétentes en vertu de la compétence générale de l'art. 2 LDIP. Le TF ne s'est cependant pas penché sur l'application de la Convention de Lugano et n'a en conséquence pas examiné la compétence des autorités suisses à la lumière de l'art. 2 CL.

⁷¹² CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP, p. 267.

⁷¹³ *Idem*, p. 382.

⁷¹⁴ *Idem*, p. 383, et les références citées.

⁷¹⁵ *Idem*, p. 389 et 391.

⁷¹⁶ *Idem*, p. 389.

prévoyait que les décisions étrangères en matière de propriété intellectuelle pouvaient être reconnues en Suisse si elles avaient été rendues dans l'État pour lequel la protection avait été demandée, à moins que le défendeur ne soit domicilié en Suisse. Cette dernière réserve découlait de la garantie constitutionnelle du juge naturel (59 aCst)⁷¹⁷.

- 407 Le morcellement des dispositions en matière de propriété intellectuelle au sein du chapitre sur les droits réels a toutefois été critiqué lors des délibérations des chambres fédérales⁷¹⁸. Il a ainsi été proposé d'extraire lesdites dispositions du chapitre des droits réels et de les insérer dans un chapitre distinct, dévolu à la propriété intellectuelle. Selon la commission du Conseil des États – première chambre à se prononcer sur le projet de loi –, cette proposition était justifiée par la nature même de la matière, qui implique souvent un élément d'extranéité, ainsi que par un souci de simplification et d'harmonisation de ces règles⁷¹⁹. Un des autres arguments avancés en faveur de cette solution concernait le critère de rattachement. Selon la commission, bien qu'ayant tous deux une composante territoriale indéniable, les droits de propriété intellectuelle se distinguent des droits réels par le fait que les premiers sont étroitement liés au système juridique en vertu duquel ils sont constitués et pour lequel la protection est accordée, alors que les droits réels sont intrinsèquement liés au lieu de situation des biens⁷²⁰. Suivant cet argument, la commission s'est ainsi écartée des conclusions du Conseil fédéral qui opérait, en matière de propriété intellectuelle, une analogie avec la *lex rei sitae* des droits réels⁷²¹.
- 408 Il fut ainsi proposé d'intégrer la propriété intellectuelle dans un chapitre 7a, soit aux articles 108a, 108b, 108c P-LDIP. Ces dispositions portaient sur la compétence, le droit applicable et la reconnaissance des décisions étrangères en matière de propriété intellectuelle⁷²².
- 409 La règle relative à la compétence internationale en matière de propriété intellectuelle a suscité de vifs débats au sein de la commission. Finalement, l'art. 108a P-LDIP tel que proposé par les Chambres fédérales avait la teneur suivante⁷²³ :

« Al. 1

⁷¹⁷ *Idem*, p. 391.

⁷¹⁸ BO/CE 1985 I, p. 155 ss.

⁷¹⁹ *Idem*, p. 156.

⁷²⁰ *Idem*, p. 156.

⁷²¹ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message LDIP, p. 383.

⁷²² BO/CE 1985 I, p. 154-156.

⁷²³ *Idem*, p. 156.

Les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut de domicile ceux du lieu où la protection est invoquée sont compétents pour connaître des actions portant sur les droits de propriété intellectuelle ; font exception les actions sur la validité ou l'inscription de droits de propriété intellectuelle à l'étranger.

Al. 2

Si plusieurs défendeurs peuvent être actionnés en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l'action peut être intentée contre tous auprès du même juge compétent ; le juge saisi en premier lieu est exclusivement compétent.

Al. 3

Lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Suisse, les actions portant sur la validité ou l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle sont intentées auprès des tribunaux suisses du siège commercial du représentant inscrit au registre, ou, à défaut, auprès des tribunaux où l'autorité qui tient le registre a son siège ».

- 410 Pour les litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle, l'art. 108a P-LDIP devait ainsi asseoir la compétence du juge suisse du domicile du défendeur, subsidiairement celle du juge suisse du lieu où la protection est invoquée à défaut de domicile en Suisse. Le rattachement du « lieu où la protection est invoquée » était issu de l'application du principe de territorialité et devait être appliqué conjointement à l'alinéa 3, qui prévoyait que ce lieu se situait au « siège commercial du représentant inscrit au registre, ou, à défaut, (...) [au lieu] où l'autorité qui tient le registre a son siège »⁷²⁴, pour autant que le litige porte sur la validité et l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle suisse⁷²⁵.
- 411 La disposition excluait finalement la compétence du juge suisse pour les litiges relatifs à la validité et à l'inscription des droits de propriété intellectuelle étrangers, et ceci quand bien même le défendeur était domicilié en Suisse. Cette dernière règle, résultant toujours du même principe de territorialité, devait prévenir le risque qu'un juge suisse ne doive se prononcer sur la validité d'un titre étranger, de la même manière qu'il n'était pas acceptable qu'un juge étranger s'immisce dans les registres suisses⁷²⁶.
- 412 Lors des délibérations au Conseil des États, il a notamment été question d'inclure dans la disposition un catalogue des actions tombant dans le champ d'application de l'art. 108a P-LDIP, soit les actions relatives à la constitution, au contenu, à la validité, à l'inscription ainsi qu'à la violation des droits de propriété intellectuelle.

⁷²⁴ Voir art. 108a al. 1 et 3 tels que prévus par le Conseil des États, BO/CE 1985 I, p. 156.

⁷²⁵ BO/CN 1986 I, p. 1354.

⁷²⁶ BO/CE 1985 I, p. 156.

Après de longues discussions, il a été décidé de ne pas procéder de la sorte, afin de ne pas exclure du champ d'application d'éventuelles nouvelles actions en la matière⁷²⁷.

- 413 *A priori*, et selon la teneur de l'art. 108a P-LDIP tel qu'adopté par les Chambres fédérales, un litige portant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle étranger pouvait ainsi être porté devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur.
- 414 Finalement, l'Arrêté du Parlement soumis au référendum facultatif a repris la teneur des dispositions adoptées par les chambres, tout en modifiant quelque peu la numérotation des articles de loi. La propriété intellectuelle s'est ainsi retrouvée placée au chapitre 8 de la LDIP, lequel est composé des articles 109, 110 et 111 LDIP relatifs à la compétence, au droit applicable ainsi qu'à la reconnaissance des décisions étrangères⁷²⁸.
- 415 Le chapitre 8 de la LDIP a par la suite subi deux modifications importantes. L'une relative à la Loi fédérale sur les brevets et l'autre dans le cadre de la révision de la Convention de Lugano.
- 416 La modification de la Loi sur les brevets a en effet engendré la révision des dispositions en matière de propriété intellectuelle de la LDIP. Cette révision s'est inscrite dans le cadre d'un réaménagement global des compétences locales en Suisse lors de litiges internationaux⁷²⁹.
- 417 En matière de compétence internationale, et dans un but de clarté, les actions en constatation et les actions en contrefaçon ont fait l'objet de deux alinéas distincts, entraînant de la sorte le déplacement de l'art. 109 al. 2 LDIP à l'art. 109 al. 3 LDIP⁷³⁰.
- 418 Pour les actions en contrefaçon, trois fors alternatifs, à savoir le domicile suisse du défendeur, le for de l'établissement (au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LDIP et l'art. 21 al. 4 LDIP) et le for au lieu de l'acte ou celui du résultat ont ainsi été proposés⁷³¹.
- 419 Les deux premiers fors étaient connus de la LDIP. Celui du lieu de l'acte et celui du lieu du résultat constituent cependant une nouveauté par rapport à l'ancienne

⁷²⁷ *Ibidem*.

⁷²⁸ Arrêté du Parlement du 18 décembre 1987, FF 1988 I p. 5.

⁷²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 37.

⁷³⁰ *Idem*, p. 118.

⁷³¹ *Idem*, p. 37. Le for au lieu de l'acte ou celui du résultat ayant été considérés comme un seul for (lui-même alternatif).

formulation du « lieu où la protection est demandée ». Cette nouveauté était toutefois relativisée dans la mesure où « le lieu de la protection et le lieu de l'acte et du résultat se recouvrent »⁷³². La révision de l'art. 109 LDIP a également entraîné l'adaptation de l'art. 111 LDIP en matière de reconnaissance, ainsi que de l'art. 129 LDIP en matière d'actes illicites dans les mêmes termes⁷³³.

420 Le texte de l'art. 109 ainsi adopté était le suivant :

« Art. 109 LDIP

1 Les tribunaux suisses du domicile du défendeur sont compétents pour connaître des actions portant sur la validité ou l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle. Si le défendeur n'a pas de domicile en Suisse, ces actions peuvent être intentées devant les tribunaux suisses du siège commercial du mandataire inscrit au registre, ou, à défaut, devant les tribunaux du lieu où l'autorité qui tient le registre a son siège.

2 Les actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle peuvent être intentées devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut, ceux de sa résidence habituelle. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement.

3 Si plusieurs défendeurs peuvent être poursuivis en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l'action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent ; le juge saisi en premier lieu a la compétence exclusive »⁷³⁴.

421 Une autre modification est survenue par la suite. En effet, lors de l'élaboration du Code de procédure civile suisse, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011, il avait été décidé de renoncer à modifier les règles sur les fors dans la LDIP dès lors que les négociations relatives à la révision de la Convention de Lugano étaient en cours. C'est ainsi dans le cadre de l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée que les adaptations nécessaires ont été entreprises. Elles forment « une petite révision » du droit international de la procédure civile⁷³⁵.

422 Il a ainsi été proposé d'insérer le principe de la concentration territoriale de la procédure dans une disposition particulière, l'art. 8a LDIP. Selon ce principe, lorsqu'une action est intentée contre plusieurs consorts ou lorsque plusieurs prétentions peuvent être élevées contre un même défendeur, le tribunal suisse

⁷³² CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 118.

⁷³³ *Idem*, p. 118.

⁷³⁴ Texte en vigueur depuis le 1 juillet 2008 ; RO 2008 2551.

⁷³⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1503.

compétent selon la LDIP à l'égard de l'un des défendeurs ou de l'une des prétentions l'est pour l'ensemble des autres⁷³⁶.

423 Le contenu de cette nouvelle disposition correspondant à la règle prévue par l'art. 109 al. 3 LDIP, ce dernier alinéa n'avait plus de raison d'être et a été supprimé⁷³⁷.

424 Les articles 110 et 111 LDIP n'ont en revanche subi aucune modification.

b) Actions portant sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle

425 L'art. 109 al. 1 LDIP détermine la compétence du juge suisse pour les actions relatives à la validité ou à l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle. Toutes les actions portant sur l'existence ou l'extinction d'un droit ainsi que les actions qui entraînent des modifications dans les registres nationaux sont comprises dans cette catégorie⁷³⁸. Il en va de même des actions en nullité ainsi que des actions en constatation de la nullité⁷³⁹.

426 La question des actions en constatation positive de la validité d'un droit de propriété intellectuelle est plus délicate. Selon le Tribunal fédéral, les actions en constatation positive de la validité d'un droit de propriété intellectuelle doivent être intentées au for prévu pour les actions en violation⁷⁴⁰. Il a d'ailleurs retenu les mêmes conclusions dans le cadre de la Convention de Lugano dans un arrêt postérieur⁷⁴¹. La doctrine a toutefois critiqué cette jurisprudence (tant au niveau de la Convention de Lugano que de la LDIP) au motif que dans ces circonstances, les tribunaux d'un État (par exemple celui du domicile du défendeur) pourraient être amenés à se prononcer sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle

⁷³⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1544.

⁷³⁷ RO 2010 5601.

⁷³⁸ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 11 ss, p. 910 ss ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 5 ss, p. 451 ss.

⁷³⁹ ATF 124 III 509.

⁷⁴⁰ ATF 117 II 598, cons. 3) c) relatif à l'art. 109 al. 1 LDIP. Pour DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 27, p. 915, la règle issue de la jurisprudence du TF dans son ATF 117 II 598 « (...) paraît justifiée aussi longtemps que l'examen de la validité du droit de propriété intellectuelle a lieu dans l'État qui l'a conféré. Ce n'est plus le cas lorsque le juge de la contrefaçon jouit de compétence extra-territoriale (...), car ce juge pourrait être amené à juger de la validité de droits de propriété intellectuelle étrangers en violation de l'art. 109 al. 1 ».

⁷⁴¹ ATF 132 III 579, cons. 3.6. Selon le TF, ce type d'action ne relèverait ainsi pas des compétences exclusives de l'art. 16 ch. 4 aCL (actuellement art. 22 ch. 4 CL) couvrant les litiges relatifs à la validité et à l'inscription des droits de propriété intellectuelle.

étranger et ceci de manière contraire à la volonté du législateur qui entendait soumettre ces litiges exclusivement à la compétence des tribunaux de l'État protecteur⁷⁴². Dans ce sens, DUCOR a relevé au sujet de l'art. 109 al. 1 LDIP, dans le cas d'une action en constatation positive de la validité, que la compétence du juge de la contrefaçon ne se justifie que si cet examen se produit dans l'État dans lequel le droit est protégé. Selon cet auteur, retenir le contraire contreviendrait à l'art. 109 al. 1 LDIP qui exclut la compétence des tribunaux suisses pour se prononcer sur la validité d'un titre étranger⁷⁴³. Il convient toutefois de relever que l'arrêt de la Cour de justice européenne *GAT*⁷⁴⁴ pourrait remettre en cause les conclusions du Tribunal fédéral. En effet, suite à cette jurisprudence⁷⁴⁵, les actions relatives à la constatation de la validité d'un droit de propriété intellectuelle inscrit dans les registres nationaux pourraient être qualifiées d'actions portant sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle au sens de l'art. 109 al. 1 LDIP⁷⁴⁶.

- 427 Cette disposition permet ainsi au demandeur de saisir le juge du domicile du défendeur et, à défaut, le juge du lieu du siège commercial du représentant inscrit au registre ou celui du siège de l'autorité qui tient le registre s'il n'existe pas de représentant.
- 428 Finalement, il convient de relever que les fors prévus par l'art. 109 al. 1 LDIP constituent des fors exclusifs auxquels il n'est pas possible de déroger⁷⁴⁷.
- 429 L'art. 109 al. 1 LDIP ne sera pas analysé de manière plus approfondie que ce qui est nécessaire pour les besoins de la présente étude. On peut néanmoins relever certaines problématiques liées à l'application de cette disposition qui présentent

⁷⁴² DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 22 CL, n° 67, p. 1941. Selon cet auteur, les litiges relatifs à la validité d'un droit de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse d'actions en constatation positive ou négative, doivent relever de la compétence exclusive du juge de l'État de protection au sens de l'art. 22 ch. 4 CL. Voir également BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, Droit international privé, n° 942, p. 265. *Contra* : LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 549 ss, p. 470 ss, qui considère qu'un juge suisse pourrait être amené à se prononcer à titre principal sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle étranger, et ceci sur la base de l'art. 2 LDIP.

⁷⁴³ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 27, p. 915.

⁷⁴⁴ Arrêt *GAT c. LuK*, CJCE.

⁷⁴⁵ Pour un aperçu des effets de la jurisprudence européenne sur le droit suisse, voir *infra* Chapitre troisième, III, C, 2, b).

⁷⁴⁶ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 17, p. 457 ; JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 10, p. 914 s., et les références citées (*pro* et *contra* cette interprétation).

⁷⁴⁷ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 8v ss, p. 913 ss.

un certain intérêt pour notre étude, dans la mesure où elles touchent directement ou indirectement l'art. 109 al. 2 LDIP.

i. Validité ou inscription d'un titre étranger

- 430 La première problématique que nous aimerions développer a trait au champ d'application de cet article. Si seul le texte de l'art. 109 al. 1 LDIP devait être déterminant, les demandes principales ou reconventionnelles portant sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle étranger ne pourraient pas être examinées par un juge suisse. Selon une partie de la doctrine, ce type d'action relève en effet de la compétence exclusive des tribunaux de l'État pour lequel la protection est demandée⁷⁴⁸, et ceci en vertu du principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle⁷⁴⁹. Une décision suisse jugeant de la validité d'un titre étranger ne serait au surplus probablement pas reconnue dans l'État de protection⁷⁵⁰. Selon une approche contraire, l'art. 109 al. 1 LDIP n'exclut pas la compétence du juge suisse de connaître des litiges sur la validité et l'inscription de droits de propriété intellectuelle étrangers, et ceci par l'application des règles générales de compétence de la LDIP, en particulier l'art. 2 LDIP qui consacre le for du domicile du défendeur⁷⁵¹. Cette problématique a été relevée par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent⁷⁵². Notre Haute Cour ne s'est cependant pas prononcée sur cet aspect de l'art. 109 al. 1 LDIP, laissant ainsi le suspense intact.
- 431 A l'inverse des demandes principales, les actions en validité portant sur un droit étranger peuvent, selon la doctrine, être examinées à titre préjudiciel par le juge suisse de la contrefaçon⁷⁵³.

⁷⁴⁸ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 8b, p. 907, et les références citées. Voir également DUCOR Philippe, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 16, p. 912.

⁷⁴⁹ Selon JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 8c, p. 907 s., plus que le principe de territorialité, c'est le fait que les tribunaux du lieu d'enregistrement sont mieux à même de se prononcer sur ce type de litiges qui justifie cette compétence.

⁷⁵⁰ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 15, p. 911 s.

⁷⁵¹ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 549 ss, p. 470 ss.

⁷⁵² Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_442/2014 du 7 janvier 2015, cons. 2. Voir au sujet de cet arrêt, DE WERRA JACQUES, Mécanisme de déclenchement, p. 256 ss.

⁷⁵³ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 17, p. 912 ; VISCHER FRANK, ZK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 12, p. 1145. Voir *infra* Chapitre deuxième, IV, C.

ii. Droits d'auteur et droits voisins

- 432 La deuxième problématique concerne le for prévu à l'art. 109 al. 1, 2^{ème} phrase LDIP lorsque le défendeur n'a pas de domicile en Suisse. Le for au siège du mandataire inscrit au registre ou, subsidiairement, au siège de l'autorité qui tient le registre est mal adapté aux actions portant sur les droits d'auteur et les droits voisins puisqu'ils ne nécessitent pas d'inscription.
- 433 Ainsi, si le défendeur n'est pas domicilié en Suisse et que le litige concerne la validité d'un droit voisin ou d'un droit d'auteur suisse, où le demandeur peut-il ouvrir action ? La doctrine est partagée. Selon DUTOIT, le demandeur devrait pouvoir ouvrir action à son domicile ou au lieu de la publication de l'œuvre⁷⁵⁴. Pour VISCHER cependant, rares sont les litiges dans lesquels l'existence d'un droit d'auteur n'est pas en lien avec la violation de celui-ci. L'auteur propose ainsi de soumettre ces litiges au for du lieu pour lequel la protection est demandée, soit aux termes de la nouvelle formulation de l'art. 109 al. 2 LDIP, au lieu de l'acte ou au lieu du résultat⁷⁵⁵. Pour d'autres auteurs, les actions relatives à la validité des droits d'auteur ne feraient pas l'objet d'une compétence exclusive (art. 22 ch. 4 CL) et ne tomberaient ainsi pas dans le champ d'application de l'art. 109 al. 1 LDIP, en raison de l'absence d'enregistrement. Les règles générales pourraient, en conséquence, être appliquées (2 CL et 2 LDIP par exemple)⁷⁵⁶.
- 434 Ainsi, la compétence subsidiaire au lieu du siège commercial du mandataire inscrit au registre étant inadaptée lorsque le litige concerne la validité d'un droit d'auteur, ce for n'est finalement ouvert qu'aux litiges relatifs à la propriété industrielle.

iii. Titularité des droits de propriété intellectuelle

- 435 Une autre problématique, plus spécifique, porte sur le type d'actions comprises dans la notion d'« actions portant sur la validité ou l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle » de l'art. 109 al. 1 LDIP. La question se pose notamment pour les actions portant sur la titularité des droits de propriété intellectuelle, soit notamment les actions en cession. La jurisprudence et la doctrine estiment, de façon nuancée, que ces actions ne relèvent pas de

⁷⁵⁴ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 12, p. 455.

⁷⁵⁵ VISCHER FRANK, ZK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 16, p. 1146. Dans ce sens également DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 25, p. 914 ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 12, p. 455, au sujet « du lieu où la protection est demandée ».

⁷⁵⁶ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 8k, p. 910 s.

l'art. 109 al. 1 LDIP et proposent de soumettre l'application des règles de conflit de juridictions aux rapports juridiques préexistants entre les parties⁷⁵⁷. Cette interprétation est de surcroît en adéquation avec la jurisprudence de la Cour de justice européenne en matière de compétence exclusive⁷⁵⁸.

c) Actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle

- 436 Pour les actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle au sens de l'art. 109 al. 2 LDIP, sont compétents les tribunaux suisses du domicile du défendeur (ou de sa résidence habituelle) ou ceux du lieu de l'acte ou du résultat, ainsi que ceux du lieu de l'établissement du défendeur pour les actions relatives à l'activité de cet établissement⁷⁵⁹.
- 437 Les actions comprises dans le champ d'application de l'art. 109 al. 2 LDIP comprennent « (...) l'ensemble des actions condamnatoires, notamment l'action en cessation de l'acte de contrefaçon, l'action en dommages-intérêts, l'action en suppression de l'état de fait illicite, l'action en constatation de la contrefaçon et l'action en remise du gain »⁷⁶⁰. Les actions visant à prévenir un risque de dommage sont également comprises dans le champ d'application de l'art. 109 al. 2 LDIP⁷⁶¹. Si le défendeur est domicilié en Suisse, des mesures provisoires relatives à un droit de propriété intellectuelle étranger peuvent également être ordonnées par les tribunaux suisses sur la base de l'art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP⁷⁶².
- 438 Il convient en outre de relever un élément relatif au for au lieu de l'acte ou au lieu du résultat au sens de l'art. 109 al. 2 LDIP. Cet élément concerne les actions

⁷⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_442/2014 du 7 janvier 2015 ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 13, p. 910 s. ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109, n° 5, p. 452.

⁷⁵⁸ Arrêt *Duijnste*, CJCE, cons. 26. Voir à ce sujet DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 13, p. 910 s. Dans ce sens également DE WERRA JACQUES, Mécanisme de déclenchement, p. 257.

⁷⁵⁹ Selon l'art. 109 al. 2 LDIP, « [l]es actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle peuvent être intentées devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut, ceux de sa résidence habituelle. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement ».

⁷⁶⁰ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 27, p. 915.

⁷⁶¹ ATF 117 II 598, cons. 3, dans lequel le Tribunal fédéral conclut que le risque doit être sérieux (« *ernsthaft befürchtet werden muss* ») pour fonder un for au lieu de l'acte ou au lieu du résultat. Voir également, DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 36, p. 917.

⁷⁶² DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 48, p. 920.

négatoires. Si le défendeur n'a pas de domicile en Suisse et que le demandeur souhaite agir en constatation de non-contrefaçon, il ne pourra pas agir en Suisse aux fors du lieu de l'acte ou du lieu du résultat de l'art. 109 al. 2 LDIP puisque l'action tend justement à démontrer qu'il n'y a pas de violation, donc pas de dommage⁷⁶³. Alors que ce type d'action a été considéré comme couvert par l'art. 5 ch. 3 CL⁷⁶⁴, le Tribunal fédéral n'a pas tenu le même raisonnement et a utilisé un stratagème pour combler la lacune de l'art. 109 al. 2 LDIP⁷⁶⁵. Il sera intéressant de voir si, à l'avenir, le Tribunal fédéral harmonisera les fors de la LDIP et de la Convention de Lugano et appliquera sa jurisprudence issue de l'art. 5 ch. 3 CL⁷⁶⁶ à l'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP.

- 439 L'art. 109 al. 2 LDIP prévoit ainsi trois fors à disposition du demandeur pour ouvrir une action en violation de droits de propriété intellectuelle : le domicile du défendeur (i), le lieu de l'acte dommageable (ii) et le lieu de l'établissement (iii).

i. Domicile du défendeur

- 440 A titre principal, le législateur a consacré, à l'art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP, le for au domicile du défendeur. La notion de domicile au sens de cette disposition est celle qui est définie aux art. 20 et 21 LDIP⁷⁶⁷.

(a) Domicile d'une personne physique

- 441 Selon l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, une personne physique « a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir ». Cette notion comprend deux éléments : le premier est objectif, soit la présence physique en un endroit, et le deuxième est subjectif, soit l'intention d'y demeurer durablement⁷⁶⁸.
- 442 Le critère objectif comprend la notion de résidence, « soit un séjour plus que passager en un endroit ou dans un pays déterminé »⁷⁶⁹.

⁷⁶³ *Idem*, ad art. 109 LDIP, n° 38, p. 917 s.

⁷⁶⁴ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, A, 2, a).

⁷⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_58/1996 du 21 août 1996, cons. 4 b), dans lequel le Tribunal fédéral consacre un for au siège du représentant inscrit au registre des brevets. Voir à ce sujet DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 38, p. 918.

⁷⁶⁶ Voir ATF 133 III 282, cons. 4. ; ATF 125 III 346, cons. 4b), et les références citées.

⁷⁶⁷ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 31, p. 916.

⁷⁶⁸ ATF 120 III 7, cons. 2a) ; ATF 119 II 167, cons. 2b.

⁷⁶⁹ BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 20 LDIP, n° 20, p. 294.

- 443 Le critère subjectif suppose l'intention de s'établir en un endroit et ainsi d'y créer le centre de ses intérêts personnels et professionnels⁷⁷⁰. Le critère ne se fonde toutefois pas uniquement sur l'intention subjective de la personne de demeurer durablement en un endroit. Il faut tenir compte des circonstances objectives manifestement reconnaissables pour les tiers⁷⁷¹.
- 444 Il convient en outre de noter qu'en vertu de l'art. 20 al. 2 LDIP, « nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles ».

(b) Résidence habituelle

- 445 A défaut de domicile en Suisse, le demandeur peut ouvrir action au for de la résidence habituelle du défendeur si celle-ci est en Suisse⁷⁷². Ce for est en ce sens subsidiaire à celui du domicile.
- 446 Selon l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, une personne physique « a sa résidence dans l'État dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée ».
- 447 La notion de résidence est axée en premier lieu sur une situation de fait : la présence physique de la personne en un lieu donné⁷⁷³. Pour déterminer cette présence, il convient de se référer au centre des relations personnelles de la personne concernée. Pour ce faire, la volonté subjective de celle-ci n'est pas relevante, seules importent les circonstances de fait extérieurement reconnaissables⁷⁷⁴.
- 448 Concernant la durée, « de prime abord limitée », qui entraîne une résidence, elle ne doit pas être interprétée trop strictement et doit être examinée au cas par cas⁷⁷⁵. La résidence doit toutefois être d'une certaine durée, permettant de la sorte à la personne d'établir des liens personnels ou professionnels. Un court séjour ne suffit. Il est ainsi en principe admis qu'une personne possède une résidence habituelle après une durée de 6 mois⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ ATF 120 III 7, cons. 2a).

⁷⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_443/2014 du 2 février 2015, cons. 3.4 ; ATF 120 III 7, cons. 2a).

⁷⁷² Art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP.

⁷⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 5A_607/2008 du 2 mars 2009, cons. 4.4.

⁷⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 5C.123/2003 du 18 décembre 2003, cons. 3.1 ; ATF 129 III 288, cons. 4.1.

⁷⁷⁵ KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, *Droit international privé*, n° 451, p. 231.

⁷⁷⁶ BUCHER ANDREAS, *Commentaire romand*, ad art. 20 LDIP, n° 31 s., p. 297.

(c) Domicile des sociétés

- 449 L'art. 21 al. 1 LDIP dispose que « [p]our les sociétés (...), le siège vaut domicile »⁷⁷⁷. Cela signifie que le siège a la même fonction pour les sociétés que le domicile pour les personnes physiques⁷⁷⁸. Les critères de rattachement prévus dans la LDIP qui se rapportent à la notion de « domicile », peuvent faire référence tant au domicile d'une personne physique qu'au siège d'une société.
- 450 Le siège est défini à l'art. 21 al. 2 LDIP : « Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait ». Le siège est ainsi en premier lieu localisé au siège statutaire de la société, soit au lieu désigné dans les statuts de la société⁷⁷⁹. A défaut de siège statutaire, le siège de la société est défini de manière objective en étant considéré comme localisé au lieu où la société est administrée en fait, soit au siège administratif⁷⁸⁰.
- 451 Le siège administratif est ainsi subsidiaire au siège statutaire. En ceci, la notion de siège diffère de celle prévue dans la Convention de Lugano⁷⁸¹, laquelle se réfère, de manière alternative, tant au siège statutaire, qu'au lieu de l'administration centrale, ou du principal établissement de la société⁷⁸². La LDIP est ainsi plus restrictive en la matière.

(d) Art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP

- 452 Le demandeur pourra ainsi, en vertu de l'art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP, saisir le juge du domicile du défendeur pour tout litige qui a trait à la violation d'un droit de propriété intellectuelle, et ceci peu importe qu'il soit protégé en Suisse ou à l'étranger et sans considération du lieu où est intervenue la violation alléguée. Cette compétence universelle constitue une singularité suisse qui a été relevée par la doctrine⁷⁸³.
- 453 Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur cette compétence. En 2002, il a confirmé la compétence de l'autorité inférieure pour juger d'une action

⁷⁷⁷ Cet article traite également des trusts. Le siège des trusts est défini à l'art. 21 al. 2 LDIP.

⁷⁷⁸ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 21 LDIP, n° 3, p. 122.

⁷⁷⁹ GUILLAUME FLORENCE, Commentaire romand, ad art. 21 LDIP, n° 4, p. 302.

⁷⁸⁰ *Idem*, ad art. 21 LDIP, n° 5, p. 302.

⁷⁸¹ Art. 60 ch. 1 CL.

⁷⁸² Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, A, 1.

⁷⁸³ Voir not. DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 30, p. 916 ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 18, p. 457 ; VISCHER FRANK, ZK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 7, p. 1143, et les références cités.

en constatation négative de la violation de brevets étrangers, et ceci en application des art. 2 CL et 109 LDIP⁷⁸⁴. L'action portait néanmoins sur l'intérêt à obtenir un jugement constatatoire, intérêt qui par l'application du droit matériel étranger ne pouvait pas être examiné dans le cadre d'un recours en réforme⁷⁸⁵. Dès lors que la défenderesse ne remettait pas en cause la compétence de l'autorité inférieure, saisie au titre de lieu du domicile du défendeur (de la défenderesse en l'occurrence), pour se prononcer sur des droits de propriété intellectuelle étrangers, le Tribunal fédéral s'est limité à mentionner que la compétence de l'art. 2 CL n'était pas remise en cause. En l'occurrence, il aurait été intéressant que le Tribunal fédéral développe de manière plus approfondie cette compétence.

- 454 Récemment, le Tribunal fédéral a été saisi d'une affaire dans laquelle la demanderesse, une société ayant son siège aux États-Unis et titulaire de la marque « Harry Potter » a actionné une société suisse responsable de la vente de préservatifs « Harry Popper » en dommages et intérêts pour violation de sa marque américaine⁷⁸⁶. Le Tribunal cantonal de Schwyz a décliné sa compétence *ratione loci*. Le Tribunal fédéral a ainsi été amené à examiner la compétence internationale de l'autorité intimée. A titre liminaire, il a admis la compétence internationale des tribunaux suisses en vertu de l'art. 2 CL dès lors que la société défenderesse avait son siège en Suisse⁷⁸⁷. Notre Haute Cour s'est ensuite référée à l'art. 109 al. 2 LDIP afin de déterminer la compétence interne des tribunaux suisses. Comme les autorités schwyzoises avaient été saisies, le Tribunal fédéral a examiné leur compétence à la lumière de l'art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP. C'est dans ce cadre qu'il a rappelé la compétence du juge du domicile du défendeur pour se prononcer sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle. La société défenderesse ayant déplacé son siège dans un autre canton avant l'introduction de la demande devant les tribunaux schwyzois, ceux-ci ne pouvaient toutefois plus être compétents au titre de domicile du défendeur. On ne peut que regretter, du point de vue du droit international privé, que la défenderesse ait déplacé son siège social. Sans cet événement, le Tribunal fédéral aurait en effet certainement admis la compétence du Tribunal cantonal schwyzois sur la base de l'art. 109 al. 2, 1^{ère} phrase LDIP. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a finalement partiellement admis le recours de la société américaine et renvoyé l'affaire à l'autorité inférieure. Il a en effet conclu que l'autorité intimée aurait dû, à défaut de domicile dans le canton, examiner sa compétence à la lumière de l'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase

⁷⁸⁴ ATF 129 III 295, cons. 2.1.

⁷⁸⁵ *Idem*, cons. 2.2.

⁷⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_224/2013 du 7 novembre 2013.

⁷⁸⁷ *Idem*, cons. 2.1.

LDIP afin de déterminer si Schwyz pouvait être considéré comme le lieu de l'acte dommageable ou le lieu du résultat⁷⁸⁸.

ii. Lieu de l'acte ou du résultat

- 455 L'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP permet d'attirer le défendeur à une action relative à la violation d'un droit de propriété intellectuelle devant les autorités suisses du lieu de l'acte ou du lieu du résultat. Selon la teneur de l'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP qui dispose que « [s]ont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat (...) », le demandeur a le choix d'introduire une action soit devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur, soit devant les tribunaux suisses du lieu de l'acte dommageable ou du lieu du résultat de cet acte. Les compétences prévues à l'art. 109 al. 2 LDIP sont ainsi alternatives⁷⁸⁹.
- 456 Les critères de rattachement du lieu de l'acte et du lieu du résultat ont été introduits dans le cadre de la révision de la Loi sur les brevets et sont entrés en vigueur au 1^{er} juillet 2008⁷⁹⁰. Ils ont remplacé le critère de rattachement du lieu de la protection qui prévalait avant cette modification. Selon le Conseil fédéral, ces critères de rattachement sont similaires⁷⁹¹. En effet, par analogie avec la Convention de Lugano et sa théorie de l'ubiquité, la doctrine situait déjà le lieu de la protection au lieu de l'acte constitutif d'une violation du droit ou au lieu du résultat de cette violation, et ceci déjà avant ladite modification. La modification de l'art. 109 al. 2 LDIP dans ce sens a ainsi permis d'harmoniser les critères de rattachement avec ceux de l'art. 5 ch. 3 CL⁷⁹². Ces critères de rattachement coïncident également avec ceux prévus en matière délictuelle à l'art. 129 al. 1 LDIP. L'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP doit ainsi être interprété à la lumière des principes généraux des art. 129 al. 1 LDIP et 5 ch. 3 CL⁷⁹³.
- 457 Selon la teneur de l'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP, les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du lieu du résultat sont compétents. Il en découle que soit l'acte soit le résultat doit s'être déroulé en Suisse pour que cette disposition s'applique.
- 458 Toutefois, selon la doctrine majoritaire, une violation à l'étranger ne peut justifier la compétence des tribunaux suisses, dès lors que « (...) la violation est poursuivie

⁷⁸⁸ *Idem*, cons. 2.3 s.

⁷⁸⁹ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 32 ss, p. 916 ss ; JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 17 ss, p. 917 ss.

⁷⁹⁰ RO 2008 2551.

⁷⁹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 118.

⁷⁹² DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 457.

⁷⁹³ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 18, p. 917.

à l'endroit où le droit violé déploie ses effets conformément au principe de territorialité »⁷⁹⁴ et qu'un droit de propriété intellectuelle ne déploie ses effets que dans son pays de protection. L'art. 109 al. 2 LDIP ne pourrait ainsi concerner que les droits de propriété intellectuelle protégés en Suisse⁷⁹⁵. Ce principe signifie que la violation d'un droit de propriété intellectuelle protégé à l'étranger ne pourrait pas faire l'objet d'une action devant les tribunaux suisses au for du lieu de l'acte ou au for du lieu du résultat⁷⁹⁶. Selon la doctrine, cette position est justifiée par la nature même de cette compétence, qui, au contraire de la compétence universelle du domicile du défendeur, n'a vocation à régir que certaines prétentions, soit celles relatives aux violations survenues au lieu du délit⁷⁹⁷. *A contrario*, certains auteurs distinguent le *forum delicti* du *forum protectionis* et considèrent que la compétence des tribunaux suisses peut être fondée même si le droit est libre en Suisse⁷⁹⁸.

- 459 En résumé, et en application des règles suisses, deux situations peuvent se présenter : le litige concerne soit un droit de propriété intellectuelle suisse soit un droit étranger. Ces deux situations reçoivent une réponse différente lorsqu'il s'agit d'appliquer les critères de rattachement du lieu de l'acte et du lieu du résultat.
- 460 Dans le premier cas, à savoir en présence d'un litige portant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle protégé en Suisse, les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou ceux du lieu du résultat seront toujours compétents. Cette situation est justifiée par le fait que selon la doctrine majoritaire, le *forum delicti* correspond au *forum protectionis*, soit en l'occurrence, la Suisse.
- 461 L'application de l'art. 109 al. 2 LDIP se complique lorsque la violation invoquée concerne un droit de propriété intellectuelle étranger. En vertu du principe de

⁷⁹⁴ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 33, p. 916 s.

⁷⁹⁵ Voir not. JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 98.

⁷⁹⁶ BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, Droit international privé, n° 939, p. 264 ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 33-35, p. 916 s. ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 457 ; VISCHER FRANK, ZK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 10, p. 1144. Voir également ATF 132 III 778, cons. 3, relatif à l'action négatoire. Alors que GION/VASELLA affirment que l'art. 109 al. 2 LDIP est limité aux violations de droits de propriété intellectuelle suisses (BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 98), ils semblent néanmoins admettre la compétence d'un tribunal suisse en tant que lieu de l'acte pour juger d'un litige portant sur la violation d'un droit protégé à l'étranger (BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 22, p. 920).

⁷⁹⁷ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 18, p. 917.

⁷⁹⁸ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 762 ss, p. 633 ss ; voir également RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 134 et VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Rechtsprechung 2006, p. 533, au sujet toutefois de l'art. 5 ch. 3 CL. Sur les tendances territorialistes et universalistes, voir *infra* Chapitre deuxième, V, B.

territorialité, le lieu du résultat ne peut se situer que dans le pays de protection, de sorte que les tribunaux suisses ne seront jamais compétents à ce titre. La question de la compétence des tribunaux suisses se pose donc à la lumière du lieu de l'acte constitutif du dommage. C'est ainsi sur ce dernier point que les avis doctrinaux et jurisprudentiels divergent.

iii. Lieu de l'établissement

- 462 « Sont en outre compétents (...) », au sens de l'art. 109 al. 2, *in fine* LDIP, « (...) pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement ». Selon la teneur de cette disposition, le for au lieu de l'établissement est alternatif (« en outre ») au domicile du défendeur, au même titre que le for au lieu de l'acte ou du lieu au résultat.
- 463 Le lieu de l'établissement désigne tant l'établissement des personnes morales que des personnes physiques. Selon l'art. 21 al. 3 LDIP, « [l']établissement d'une société ou d'un trust se trouve dans l'État dans lequel se trouve son siège ou dans un État dans lequel se trouve une de ses succursales ». De son côté, une personne physique « a son établissement dans l'État dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales »⁷⁹⁹.
- 464 Les activités de l'établissement en Suisse doivent-elles concerner un droit de propriété intellectuelle suisse ou pourraient-elles porter sur un droit étranger? Sur ce point également, la doctrine est partagée. Selon DUCOR, cette disposition, qui concerne les activités de l'établissement en Suisse, ne peut concerner que des activités portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle protégé en Suisse : « Toute autre interprétation équivaldrait en effet à ajouter une compétence internationale de la Suisse à celles qui existaient auparavant, en contradiction avec l'intention du législateur lors de la modification de l'art. 109 en 2008, qui était le réaménagement des compétences locales en Suisse et non la création de nouvelles compétences »⁸⁰⁰. En revanche, selon Gion et Vasella, ces activités pourraient concerner la violation d'un droit de propriété intellectuelle étranger⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ Art. 20 al. 1 let. c LDIP.

⁸⁰⁰ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 34, p. 917.

⁸⁰¹ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 23, p. 920.

C. *Compétence en matière de violation de droits de propriété intellectuelle vs compétence en matière d'inscription ou de validité de droits de propriété intellectuelle*

- 465 Avant d'aller plus en avant dans la présente étude, il convient de relever qu'en droit européen et en droit suisse, il existe une compétence exclusive prévue « en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement (...) »⁸⁰². Ce type de litige doit être porté de manière exclusive devant « les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument de l'Union ou d'une convention internationale »⁸⁰³. Cette compétence exclusive ne concerne pas à proprement parler l'objet de la présente étude mais soulève néanmoins d'importantes questions lorsque la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle est soulevée à titre d'exception lors d'un litige portant, au principal, sur la violation de ce droit. Nous examinerons ainsi brièvement les réponses apportées à cette problématique sur la scène européenne et suisse.
- 466 A mesure que la Convention de Lugano est calquée sur la Convention de Bruxelles qui est l'ancêtre du Règlement Bruxelles *Ibis*, on retrouve les mêmes questions en droit suisse et en droit européen. Le système de la LDIP connaît toutefois une particularité, par rapport au régime de la Convention de Lugano et du Règlement Bruxelles *Ibis*, de sorte qu'il est intéressant à des fins comparatives de traiter conjointement le droit européen et le droit suisse dans le présent chapitre.
- 467 Ainsi, tant le droit européen que le droit suisse prévoient une compétence exclusive pour les litiges en matière d'inscription ou de validité des droits de propriété intellectuelle soumis à dépôt ou à enregistrement. Tout comme l'art. 24 ch. 4 Règlement Bruxelles *Ibis*, l'art. 22 ch. 4 CL dispose en effet que seront exclusivement compétentes « en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception, les juridictions de l'État lié par la présente Convention sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été

⁸⁰² Art. 24 ch. 4 Règlement Bruxelles *Ibis* et art. 22 ch. 4 CL.

⁸⁰³ Art. 24 ch. 4 *in fine* Règlement Bruxelles *Ibis*. L'art. 22 ch. 4 *in fine* CL diffère quelque peu dans sa formulation : « les juridictions de l'État lié par la présente Convention sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument communautaire ou d'une convention internationale ».

effectué aux termes d'un instrument communautaire ou d'une convention internationale ». À noter que les droits d'auteur, qui ne font pas l'objet d'enregistrement ou de dépôt, ne sont pas compris dans ces dispositions⁸⁰⁴.

- 468 Ces dispositions ne posent pas de problème particulier, à tout le moins dans le cadre de la présente étude, lorsque l'inscription ou la validité d'un titre est contestée dans un litige au principal. Leur application soulève néanmoins des interrogations lorsque l'inscription ou la validité est invoquée par voie d'exception dans un litige portant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle.
- 469 Saisie d'une question préjudicielle portant sur la portée de la compétence exclusive prévue anciennement à l'art. 16 ch. 4 Convention de Bruxelles⁸⁰⁵, la Cour de justice européenne a relevé qu'« il y a lieu de considérer que la compétence exclusive que prévoit cette disposition doit trouver à s'appliquer quel que soit le cadre procédural dans lequel la question de la validité d'un brevet est soulevée, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception, lors de l'introduction de l'instance ou à un stade plus avancé de celle-ci »⁸⁰⁶. Dans cet arrêt, qui concernait une action en constatation de non-contrefaçon dans laquelle la question de la validité du brevet était soulevée à titre incident, la Cour de justice européenne a justifié cette position par le souci de préserver la nature contraignante de la règle de compétence en évitant qu'elle ne soit contournée par des conclusions soulevées par voie d'exception⁸⁰⁷, d'une part, et par la volonté de limiter les chefs de compétence susceptibles de nuire à la prévisibilité des règles juridictionnelles et ainsi à la sécurité du droit, d'autre part⁸⁰⁸. Sa position était en outre justifiée par le dessein d'éviter que ne soient rendues des décisions contradictoires⁸⁰⁹. Selon la Cour de justice européenne, les juridictions de l'État

⁸⁰⁴ Voir not. DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 22, CL n° 53, p. 1936 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 22 EuGVO, n° 52, p. 395. Selon DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 22 CL, n° 53, p. 1936, les litiges relatifs aux droits d'auteur et droits voisins doivent être portés devant les tribunaux du domicile du défendeur (art. 2 CL), lesquels ne se trouvent pas nécessairement en Suisse.

⁸⁰⁵ L'art. 16 ch. 4 Convention de Bruxelles disposait que « [s]ont seuls compétents, sans considération de domicile (...) en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale ».

⁸⁰⁶ Arrêt *GAT c. LuK*, CJCE, n° 25, p. 6532.

⁸⁰⁷ *Idem*, n° 26 s., p. 6532.

⁸⁰⁸ *Idem*, n° 28, p. 6532 s.

⁸⁰⁹ *Idem*, n° 29, p. 6533.

d'enregistrement du brevet sont mieux à même de statuer sur l'existence du dépôt ou de l'enregistrement (impliquant ainsi un acte de puissance publique), ainsi que sur la validité et les effets des brevets qui ont été délivrés sur leur territoire en vertu de leur droit national⁸¹⁰.

- 470 Ces arguments peinent toutefois à trouver écho au sein de la doctrine⁸¹¹. Selon certains auteurs, les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice européenne peuvent être qualifiées de « *dramatic, sometimes even disastrous* »⁸¹² et ouvrent la porte aux « *super torpedo actions* »⁸¹³. Pour rappel⁸¹⁴, les actions torpilles « classiques »⁸¹⁵, soit l'action (en constatation négative de droit, par exemple) ouverte par le contrefacteur dans une juridiction connue pour sa lenteur procédurale afin de créer litispendance et ainsi de mettre en échec une action ultérieure du titulaire du droit, étaient déjà bien connues avant l'arrêt *GAT*. La situation actuelle, telle qu'elle a été décidée par la Cour de justice européenne, permet au contrefacteur de paralyser l'action en contrefaçon (pour autant qu'elle n'ait pas été introduite dans l'État d'enregistrement ou de dépôt), même postérieurement à l'introduction de l'instance, en soulevant par voie d'exception la nullité du titre ou alors en introduisant, en tout temps, une action en nullité du titre devant les juridictions de l'État d'enregistrement ou de dépôt⁸¹⁶. Les conséquences de cette jurisprudence européenne sont ainsi particulièrement importantes en matière de propriété intellectuelle et peuvent entraîner des incidences regrettables au niveau procédural si elles sont utilisées à mauvais escient.
- 471 Alors que les dispositions en matière de compétence exclusive sont équivalentes dans le Règlement Bruxelles *Ibis* et dans la Convention de Lugano, la situation au niveau interne suisse diffère quelque peu.
- 472 En Suisse, la compétence internationale des tribunaux suisses est réglée à l'art. 109 LDIP. Cette disposition, qui permet également de déterminer la compétence interne dans les cas où la Convention de Lugano se limite à la désignation de la compétence internationale (par exemple pour le for du domicile

⁸¹⁰ *Idem*, n° 22 s., p. 6531.

⁸¹¹ Voir notamment à ce sujet, ANCEL MARIE-ÉLODIE, Arrêt *GAT*, p. 27 ss ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 22 CL, n° 65, p. 1940 ; RAYNARD JACQUES, p. 187 ss ; UBERTAZZI BENEDETTA, Intellectual Property Rights, p. 371 ss.

⁸¹² HESS BURKHARD/PFEIFFER THOMAS/SCHLOSSER PETER, Report Brussels I, n° 818, p. 335.

⁸¹³ *Idem*, n° 814, p. 334.

⁸¹⁴ Voir *supra* Chapitre premier, V, A.

⁸¹⁵ Pour un aperçu de la notion d'action torpille en droit international privé de la propriété intellectuelle, voir GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Aspects actuels, p. 738.

⁸¹⁶ HESS BURKHARD/PFEIFFER THOMAS/SCHLOSSER PETER, Report Brussels I, n° 818, p. 335 s.

du défendeur, art. 2 CL ou pour l'art. 22 CL), attribue, à son premier alinéa, la compétence pour se prononcer sur la validité et l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle aux tribunaux suisses du domicile du défendeur, subsidiairement à ceux du lieu du siège commercial du mandataire inscrit au registre ou, à défaut, à ceux du lieu où l'autorité qui tient le registre a son siège⁸¹⁷. Le deuxième alinéa, qui concerne la violation des droits de propriété intellectuelle, attribue la compétence aux tribunaux suisses du domicile du défendeur, ou alternativement à ceux du lieu de l'acte ou du résultat, ou à ceux du lieu de l'établissement si le litige concerne l'activité de cet établissement.

- 473 Le système qui a été mis en place dans le cadre de la LDIP ne prévoit pas expressément la compétence des tribunaux suisses lorsque la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle est soulevée à titre préjudiciel dans le cadre d'une action en contrefaçon. A ce stade, deux hypothèses peuvent se présenter : soit le litige porte sur un droit de propriété intellectuelle suisse, soit le droit est protégé à l'étranger. Si le litige concerne un droit de propriété intellectuelle suisse, les autorités suisses seront de toute manière compétentes sur la base de l'art. 109 al. 1 LDIP, que le défendeur soit domicilié en Suisse ou non⁸¹⁸.
- 474 La question de la compétence du juge de la contrefaçon pour se prononcer à titre incident sur la validité ou l'inscription d'un droit est davantage problématique lorsque le litige est porté devant le juge suisse du domicile du défendeur et que l'exception concerne un droit protégé à l'étranger. Dans cette hypothèse, le juge suisse est également compétent pour juger de la validité ou de l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle à titre préjudiciel⁸¹⁹. Pourtant, l'art. 109 al. 1 LDIP ne donne aucun for en Suisse pour juger de la validité ou de l'inscription du droit de propriété intellectuelle étranger à titre principal⁸²⁰.

⁸¹⁷ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, B, 2, b).

⁸¹⁸ Si le défendeur n'est pas domicilié en Suisse, les actions relatives à l'inscription ou à la validité d'un droit de propriété intellectuelle « peuvent être intentées devant les tribunaux suisses du siège commercial du mandataire inscrit au registre, ou, à défaut, devant les tribunaux du lieu où l'autorité qui tient le registre a son siège » au sens de l'art. 109 al. 1, 2^{ème} phrase LDIP.

⁸¹⁹ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 17, p. 912, et les références citées.

⁸²⁰ *Contra* : LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 549 ss, p. 470 ss, pour qui l'art. 109 al. 1 LDIP n'exclut pas l'application des règles générales de compétence et plus spécifiquement l'art. 2 LDIP qui consacre le for au domicile du défendeur. Selon lui, un tribunal suisse pourrait ainsi, sur la base de cette dernière disposition, être amené à se prononcer sur la validité ou l'inscription, au principal, d'un droit de propriété intellectuelle étranger. Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, 2, b), i.

- 475 La compétence du juge du domicile du défendeur pour se prononcer à titre incident sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle représente ainsi une exception par rapport au système mis en place par la Convention de Lugano et le Règlement Bruxelles *Ibis* dans lequel cette compétence est exclue⁸²¹. L'effet de l'exception suisse est cependant atténué par le fait que la décision incidente n'a d'effet qu'*inter partes*. En effet, et contrairement à une décision au principal qui a un effet *erga omnes*, la décision incidente ne déploiera d'effets qu'entre les parties au litige⁸²². En outre, en vertu du principe de primauté des traités internationaux, rappelé à l'art. 1 al. 2 LDIP, l'exception suisse ne pourra s'appliquer que lorsque le litige n'entre pas dans le champ d'application de la Convention de Lugano. Nous nous accordons à dire qu'en la matière, « [u]ne harmonisation des fors exclusifs de la CL et de la LDIP [serait] souhaitable »⁸²³.
- 476 Dès lors que les actions relatives à l'inscription ou à la validité de droits de propriété intellectuelle relèvent de la compétence exclusive du juge de l'État pour lequel la protection est demandée et que ce critère de rattachement ne pose pas de problème spécifique quant à sa localisation, la présente étude laissera de côté cette compétence et se concentrera exclusivement sur la détermination de la compétence du juge de la contrefaçon.

V. Vers une compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon ?

- 477 Dans la mesure où il n'existe aucune règle de conflit spécialement applicable en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle en ligne, les règles générales en matière de responsabilité délictuelle sont applicables, tant en droit américain, qu'en droit européen et en droit suisse.
- 478 Toutefois, comme le démontrent les difficultés rencontrées pour localiser le lieu de l'acte dommageable lorsque la contrefaçon a lieu sur Internet⁸²⁴, les règles générales se heurtent à un problème de taille : le principe de territorialité. Ce principe, qui est propre à la propriété intellectuelle, distingue les atteintes à un droit de propriété intellectuelle des autres types de délits traditionnels.

⁸²¹ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 22 CL, n° 66, p. 1940 s.

⁸²² *Idem*, ad art. 109 LDIP, n° 17, p. 912.

⁸²³ *Idem*, ad art. 109 LDIP, n° 18, p. 912 s.

⁸²⁴ Voir *supra* Chapitre premier, II, 2, a) i.

- 479 Le principe de territorialité complexifie en effet la localisation de l'acte à l'origine de la contrefaçon dans un environnement international. En matière de compétence internationale, ce principe contraint à se poser la question de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon. En effet, si seul le juge de l'État pour lequel le droit de propriété intellectuelle est protégé est compétent pour se prononcer sur les litiges en contrefaçon, alors la problématique de la localisation du *forum delicti* se limite à un examen de la compétence interne, au niveau des États concernés. Si au contraire, le principe d'une compétence extraterritoriale est admis, il conviendra de se prononcer, dans un deuxième temps, sur cette localisation qui, au vu du caractère ubiquitaire d'Internet complexifie la problématique.
- 480 En vue de déterminer si une compétence extraterritoriale peut être retenue en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, il convient de dessiner les contours de l'objet principal : le principe de territorialité (A). Nous examinerons ensuite comment ce principe a été accueilli en droit international privé et comment il a été appliqué aux règles de conflit de juridictions, en dégagant deux tendances principales (B). Nous chercherons ensuite s'il existe des fors dits « extraterritoriaux » applicables en matière de propriété intellectuelle (C), pour finalement examiner comment interagit le principe de territorialité de la propriété intellectuelle avec Internet (D).

A. *Le principe de territorialité*

- 481 Depuis longtemps⁸²⁵, le principe de territorialité règne sur la propriété intellectuelle. Il est en effet intrinsèquement lié au droit international privé de la propriété intellectuelle et en constitue d'ailleurs la pierre angulaire.
- 482 Bien que largement intégré dans le paysage juridique international et interne, la notion de territorialité ainsi que ses contours ne sont cependant pas aisément identifiables. On dénombre en effet autant de définitions qu'il y a d'instruments juridiques, d'ordres juridiques ainsi que de domaines du droit.

⁸²⁵ Selon BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 4, p. 39, le principe, entendu dans sa conception actuelle, semble être apparu en Allemagne au début du XIX^{ème} siècle. ULMER EUGEN, La propriété intellectuelle et le droit international privé, n° 28, p. 18 s., ne mentionne qu'une « conception jadis très répandue ». Plaisant Robert, Jurisprudence prétorienne, p. 873, relève au sujet de la territorialité des droits de propriété intellectuelle qu'il s'agit d'un « vieux principe ». Selon BOLLACHER PHILIPP D., Urheberrecht und Internet, p. 25, la notion remonterait à l'époque de l'invention de l'imprimerie par Gutenberg au XV^{ème} siècle.

- 483 Peu nombreux sont les auteurs qui ont tenté de définir à proprement parler le principe de territorialité. BOUCHE a cependant réussi à dégager deux sens majeurs parmi ceux fréquemment utilisés qu'il a intitulés : « le principe de territorialité de limitation » et « le principe de territorialité de conflit de lois ». Selon lui, « 'le principe de territorialité de limitation' signifie que tout droit subjectif de propriété intellectuelle limite son existence et son effet au territoire de l'ordre juridique qui l'a créé. 'Le principe de territorialité de conflit de lois', en revanche, exprime une règle de conflit de lois pour la résolution des problèmes de droit international privé de la propriété intellectuelle : l'application de la loi du pays pour le territoire duquel sont revendiqués l'existence et l'effet d'un droit subjectif de propriété intellectuelle »⁸²⁶.
- 484 Cette dualité se retrouve également en droit américain. Et BERMAN de relever, au sujet du système américain de droit d'auteur, que « *[o]ur system of international copyright protection, however, historically has been based on the application of national copyright laws with strictly territorial effects and on the application of choice-of-law rules to determine which country's copyright laws would apply* »⁸²⁷.
- 485 Ces deux définitions représentent bien l'ambivalence du principe de territorialité. Afin de mieux appréhender la notion, il convient de relever les facettes de chacune de ces définitions.

1. Le principe de territorialité de limitation

- 486 Un droit subjectif de propriété intellectuelle, comme tout droit subjectif d'ailleurs, est par essence territorial. Il est limité géographiquement au territoire dans lequel il est protégé⁸²⁸. Il s'agit ici de tenir compte de la dimension spatiale de la territorialité⁸²⁹.
- 487 Pour bien comprendre le principe de territorialité de limitation, il faut en premier lieu comprendre le rôle social joué par les droits de propriété intellectuelle.
- 488 Les biens intellectuels sont par essence même des biens incorporels, non susceptibles d'appropriation. Contrairement aux biens corporels, dont le possesseur est légitimé par la maîtrise effective, les biens intellectuels doivent

⁸²⁶ BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 9, p. 21.

⁸²⁷ BERMAN PAUL SCHIFF, Jurisdiction, p. 346.

⁸²⁸ BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 455, p. 231 ; LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 756 ss, p. 628 ss.

⁸²⁹ BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 468, p. 235.

faire l'objet d'une jouissance exclusive pour que leur titulaire puisse avoir un contrôle sur ceux-ci⁸³⁰. Un droit de propriété intellectuelle assure ainsi l'exclusivité du droit au titulaire de celui-ci⁸³¹. La protection est cependant toujours limitée à un territoire défini.

- 489 A l'origine, les droits de propriété intellectuelle étaient ainsi accordés par les seigneurs et princes pour accroître leur fortune personnelle par le prélèvement de « *royalties* » sur les droits exclusifs qu'ils s'étaient octroyés à eux-mêmes. Par la suite, l'administration de ces droits a été transférée à des autorités spécialisées. Ceci n'a cependant pas eu d'impact sur la nature de ces droits qui continuent à relever du pouvoir en place, et ceci dans les limites de son étendue géographique⁸³².
- 490 Bien que l'attribution de droits exclusifs favorise l'inventivité et la création, elle n'en constitue pas moins une restriction à la concurrence et à la liberté d'accès pour le public, raison pour laquelle ces droits exclusifs dépendent de la politique économique et culturelle du pays auquel ils sont rattachés et ne sont attribués que lorsqu'ils sont socialement utiles⁸³³. Etant donné que la notion d'utilité sociale varie en fonction du temps et du lieu, chaque pays imprime sur ces droits une conception qui lui est propre.
- 491 Il revient dès lors à chaque État de déterminer la constitution, les effets, les conditions auxquelles sont soumis les droits exclusifs ainsi que leur extinction. La concession d'un droit de propriété intellectuelle relève ainsi de la souveraineté territoriale du pays qui l'a concédé⁸³⁴. C'est pour cette raison que, lorsqu'elles sont nécessaires, les procédures d'acquisition sont publiques. Les droits de propriété industrielle requièrent certaines formalités administratives de dépôt ou d'enregistrement alors que le droit d'auteur et les droits voisins ne sont pas conditionnés à la délivrance de titres et sont protégés d'office⁸³⁵. Mais finalement

⁸³⁰ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 21 s.

⁸³¹ BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 460, p. 232 ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 118 ss et p. 132. Sur le système des privilèges en droit d'auteur, voir HUGENHOLTZ BERNT, Harmonization, p. 68 ss.

⁸³² BASEDOW JÜRGEN, Foundations of Private International Law, p. 7 s.

⁸³³ DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 52 ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 21 s.

⁸³⁴ BOLLACHER PHILIPP D., Urheberrecht und Internet, p. 22 ; ULMER EUGEN, La propriété intellectuelle et le droit international privé, n° 15, p. 10. Voir par ex. dans ce sens et en matière de brevet l'art. 27 al. 5 PCT qui statue que « [r]ien dans le présent traité ni dans le règlement exécution ne peut être compris comme pouvant limiter la liberté d'aucun État contractant de prescrire toutes conditions matérielles de brevetabilité qu'il désire ».

⁸³⁵ Le droit d'auteur est néanmoins soumis à une certaine forme d'enregistrement aux États-Unis en vertu du titre 17 USC § 411 a) et 17 USC § 410 c).

peu importe le mode d'acquisition, les droits de propriété intellectuelle sont exclusifs et requièrent toujours une protection étatique⁸³⁶.

- 492 Il y a ainsi autant de brevets et de marques enregistrés ainsi que de droits d'auteur que de pays dans lesquels ils sont protégés, respectivement enregistrés. En ce sens, les droits de propriété intellectuelle ont un caractère territorial. Il est ainsi tout à fait concevable que deux marques identiques fassent l'objet d'une protection valable, en faveur de deux titulaires différents, dans deux États différents⁸³⁷.
- 493 Il convient néanmoins de relever certaines particularités en matière de marques notoirement connues et de droits d'auteur. Les autorités compétentes en matière d'enregistrement s'engagent, en vertu de l'art. 6*bis* de la Convention de Paris et sous certaines conditions, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque susceptible de créer une confusion avec une marque notoirement connue sur leur territoire. Les marques notoirement connues bénéficient ainsi d'un effet extraterritorial⁸³⁸. En droit européen, les droits d'auteur bénéficient également d'un régime particulier puisque, grâce à la Directive 2001/29/CE, ils sont protégés dans tous les États membres de l'Union européenne. Leur protection est cependant contenue dans des « segments territoriaux », de sorte que « les droits d'auteur forment un faisceau de droits territorialement déterminés pour chaque État, dont la somme couvre tout le territoire de l'Union »⁸³⁹. Ils sont toutefois susceptibles d'être violés dans chacun des États membres⁸⁴⁰.
- 494 À noter toutefois que l'utilisation du terme « national » ou « étatique », ou toute autre appellation semblable, est limitative. En effet, la dimension spatiale de la territorialité peut prendre de nombreuses formes : une forme nationale mais également régionale, européenne – à l'instar des marques de l'Union européenne – ou internationale.

⁸³⁶ BERGÉ JEAN-SYLVESTRE, *Propriété intellectuelle*, p. 55-57.

⁸³⁷ Voir à ce sujet DREYFUSS ROCHELLE, *An Alert to the IP Bar*, p. 422 ; MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 132 ; PERTEGÁS SENDER MARTA, *Cross-border Enforcement of Patent Rights*, n° 2.15, p. 21.

⁸³⁸ MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 132.

⁸³⁹ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*, CJUE, cons. 36.

⁸⁴⁰ Voir par ex. arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 22.

2. Le principe de territorialité de conflit de lois

495 Comme nous l'avons vu ci-dessus, le principe de territorialité comprend également un aspect relevant de la règle de conflit de lois.

a) *Lex protectionis*

496 De manière générale, on considère que le principe de territorialité contient une règle de conflit de lois particulière, qui désigne l'État pour lequel la protection du droit de propriété intellectuelle est revendiquée, soit la *lex loci protectionis*. Nombreuses sont les législations qui consacrent ce rattachement, notamment l'art. 110 LDIP au niveau suisse, mais également l'art. 5.2 Convention de Berne et l'art. 8 Règlement Rome II.

497 Cette règle de conflit de lois ne doit cependant pas être confondue avec la *lex fori*, même si en pratique c'est souvent cette dernière loi qui sera appliquée, les litiges de propriété intellectuelle étant souvent portés devant le juge de l'État pour lequel la protection est revendiquée⁸⁴¹. L'application du principe de territorialité de conflit de lois peut mener à l'application du droit du for mais également à l'application d'un droit étranger.

498 Bien que les conventions internationales n'imposent pas une stricte application du principe de territorialité, les tribunaux nationaux sont plus enclins à appliquer la loi du for au vu de l'importance que jouent les droits de propriété intellectuelle dans certains secteurs publics, tels que la santé et l'économie⁸⁴².

499 Cette inclinaison vers le droit du for s'observe dans tous les domaines du droit. Elle est néanmoins particulièrement marquée pour les droits de propriété intellectuelle, dès lors que la protection de ces droits nécessite un acte de puissance publique. L'application de la *lex fori* puise ainsi sa justification dans le fait que les tribunaux du pays d'enregistrement sont plus à même de trancher les litiges concernant la validité de cet enregistrement et ainsi sur la validité-même du droit.

500 On peut d'ailleurs y voir une certaine analogie avec l'*Act of State* des États-Unis qui prévoit qu'en l'absence de traité ou d'accord régissant les relations entre les États, les tribunaux américains s'abstiendront d'examiner la validité d'actes de

⁸⁴¹ BASEDOW JÜRGEN, Foundations of Private International Law, p. 13.

⁸⁴² DESSEMONTET FRANÇOIS, Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace, p. 491.

puissance publique étrangers⁸⁴³, telle que la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle par exemple⁸⁴⁴.

b) *Souveraineté territoriale*

- 501 Le principe de territorialité de conflit de lois est étroitement lié à un autre principe, dont l'application entraîne des conséquences similaires en matière de compétence internationale : le principe de souveraineté territoriale.
- 502 Comme l'a relevé Mann, « [i]nternational jurisdiction is an aspect or an ingredient or a consequence of sovereignty (or of territoriality or of the principle of non-intervention, - the difference is merely terminological) : laws extend so far as, but no further than the sovereignty of the state which puts them into force nor does any legislator normally intend to enact laws which apply to or cover persons, facts, events, or conduct outside the limits of his state's sovereignty »⁸⁴⁵.
- 503 Le principe de souveraineté territoriale implique qu'un État soit autonome et libre de toute ingérence d'un autre État, raison pour laquelle les États édictent des lois qui ont vocation à s'appliquer uniquement sur leur territoire. Le principe de territorialité protège en quelque sorte les États dans leur souveraineté de tout empiètement d'un autre État. Dès lors qu'un élément étranger de nature personnelle, réelle ou formelle apparaît dans un litige, la question de la compétence des tribunaux pour trancher le litige devient délicate⁸⁴⁶. De nombreux tribunaux ont décliné leur compétence au nom du principe de territorialité ou du principe de souveraineté.
- 504 La souveraineté territoriale des États a cependant des limites. Les États doivent tenir compte, lors de la délimitation de la compétence de leurs autorités judiciaires, de deux règles de droit international commun, soit les immunités de juridictions, d'une part, et le déni de justice, d'autre part. Cette seconde règle est considérée comme une cause de responsabilité internationale de l'État⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Voir Section 443 (1) du Restatement of the Law Third. L'*Act of State* a été défini dans l'arrêt *Banco c. Sabbatino*, p. 401 : « *The act of state doctrine in its traditional formulation precludes the courts of this country from inquiring into the validity of the public acts a recognized foreign sovereign power committed within its own territory* ». Au sujet de l'*Act of State Doctrine*, voir WEINTRAUB RUSSELL J., *Conflict of Laws*, p. 811.

⁸⁴⁴ Voir not. SCHAUWECKER MARKO, *Extraterritorial Patent Jurisdiction*, p. 5 ss.

⁸⁴⁵ MANN FRANCIS A., *International jurisdiction*, p. 20. Dans ce sens, BASEDOW JÜRGEN, *Foundations of Private International Law*, p. 8.

⁸⁴⁶ MIAJA DE LA MUELA ADOLFO, *Compétence territoriale*, p. 11.

⁸⁴⁷ *Idem*, p. 29.

- 505 Le principe de territorialité de limitation et le principe de territorialité de conflit de lois sont complémentaires et parfois même confondus (comme nous le verrons par la suite). Comme la présente étude ne portera pas sur les règles de conflit de lois, nous concentrerons notre attention sur les conséquences du principe de territorialité de limitation, qui, par mesure de simplification, sera par la suite nommé « principe de territorialité ». La délimitation entre les deux sous-principes est néanmoins ténue et il ne serait pas possible de les distinguer entièrement tant ils sont interdépendants.

B. Tendances en matière de conflit de juridictions

- 506 Lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence internationale du juge de la contrefaçon, deux tendances s'opposent. La première est territorialiste et la seconde est universaliste.

1. Tendance territorialiste

- 507 Selon la tendance territorialiste originelle, la concession d'un droit de propriété intellectuelle étant un acte relevant de la souveraineté territoriale, la compétence de trancher les litiges y relatifs ne pouvait être attribuée qu'aux tribunaux de l'État concédant. Seuls les tribunaux du pays selon le droit duquel est constitué le droit de propriété intellectuelle doivent être compétents pour se prononcer sur des litiges concernant ce droit. L'application stricte de ce système a pour effet, par exemple, que le demandeur n'est pas autorisé à ouvrir action devant les tribunaux du domicile du défendeur pour la violation d'un droit protégé dans un autre État⁸⁴⁸.
- 508 Cette tendance est particulièrement marquée dans les pays de tradition de *common law*⁸⁴⁹. De manière générale, les tribunaux américains font ainsi preuve de beaucoup de retenue lorsqu'il s'agit d'admettre une compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ Pour une introduction sur la tendance territorialiste, voir TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 80 ss.

⁸⁴⁹ Not. arrêt *Voda c. Cordis* ; arrêt *Lucasfilm, EWCA* ; arrêt *Molnlycke AB c. Procter & Gamble Ltd* ; arrêt *Plastus Kreativ AB c. Minnesota Mining and Manufacturing Co* ; arrêt *LA Gear Inc Ltd c. Gerald Whelan & Sons Ltd*. Dans ce sens, CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 12 ; DINWOODIE GRAEME B., Demise of Territoriality, p. 753 ; PERRET FRANÇOIS, Territorialité des droits de propriété industrielle, p. 137 ss ; PEUKERT ALEXANDER, Territoriality, p. 193 ; TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 80.

⁸⁵⁰ Voir à ce sujet DINWOODIE GRAEME B., The Architecture of IP System, p. 998.

a) *Aux États-Unis*

- 509 L'affaire *Voda c. Cordis* en est le parfait exemple. Cette affaire concernait M. Voda, un habitant d'Oklahoma City qui a ouvert action devant la *District Court for the Western District of Oklahoma* contre une société américaine nommée Cordis, pour violation de ses brevets américain, anglais, canadien, français et allemand. La défenderesse a opposé l'irrecevabilité des conclusions relatives aux brevets étrangers pour défaut de compétence à raison de la matière. L'opposition ayant été rejetée par la *District Court*, qui s'est ainsi déclarée compétente, la société Cordis a fait appel de cette décision.
- 510 L'affaire a ainsi été portée devant la *Court of Appeals for the Federal Circuit*. La problématique portait sur la compétence matérielle de la première instance⁸⁵¹. La *Court of Appeals* a conclu que cette compétence matérielle n'était pas donnée, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, elle s'est penchée sur les traités internationaux en la matière afin de déterminer s'ils contenaient des règles de compétence lui permettant d'asseoir la compétence matérielle de la *District Court*. Selon elle, la Convention de Paris consacre l'indépendance de chaque pays en matière de brevet. Cette convention ne traite pas de la possibilité pour les juridictions d'un pays de se prononcer sur les brevets concédés dans un autre pays. Dès lors, les tribunaux américains ne devraient pas être compétents pour trancher des litiges relatifs à la validité ou à la violation de brevets étrangers⁸⁵². Il en va de même pour le PCT et l'ADPIC⁸⁵³. La Cour a ainsi considéré que les États-Unis ne pouvaient et ne devaient pas se déclarer compétents de manière unilatérale, et ceci malgré la tendance générale visant à l'harmonisation du droit des brevets⁸⁵⁴. Deuxièmement, la courtoisie dans la coopération entre États et dans l'approche des cas relevant de la souveraineté d'États tiers militerait pour l'attribution de la compétence pour les litiges portant sur un brevet à l'État qui a créé ledit brevet⁸⁵⁵, de manière à éviter toute ingérence dans la souveraineté de cet État⁸⁵⁶. Troisièmement, l'application des divers régimes nationaux de brevets serait contraire au principe de l'économie de procédure. Ceci d'autant plus qu'il n'existe

⁸⁵¹ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 892. La question portait plus précisément sur la possibilité d'étendre la compétence (*supplemental jurisdiction*) des tribunaux d'Oklahoma (compétents pour se prononcer sur les brevets américains) aux litiges relatifs aux brevets étrangers.

⁸⁵² « *Nothing in the Paris Convention contemplates nor allows one jurisdiction to adjudicate the patents of another, and as such, our courts should not determine the validity and infringement of foreign patents* », Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 899.

⁸⁵³ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 899.

⁸⁵⁴ *Idem*, p. 899 s.

⁸⁵⁵ *Idem*, p. 902.

⁸⁵⁶ *Idem*, p. 903.

aucun traité international garantissant la reconnaissance et l'exécution de la décision dans les autres États concernés⁸⁵⁷. Quatrièmement, et sans trancher la question de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* aux extensions de compétence, la Cour a relevé que les coûts liés à l'obtention et à l'administration des preuves ne jouaient pas en faveur de la compétence des juridictions américaines. Finalement, la compétence de la *District Court of Oklahoma* contreviendrait au principe de l'*Act of State* qui prévoit que, lors du processus décisionnel des tribunaux tant étatiques que fédéraux, les actes relevant de la souveraineté des États étrangers, pris dans le ressort de leur juridiction, doivent être considérés comme valides et ne peuvent ainsi pas être remis en cause par un tribunal étranger⁸⁵⁸.

- 511 Dans une autre affaire, la *Court of Appeals for the First Circuit* a relevé que « [a]s in the sovereign immunity area, we do not wish to force defendants to expend resources on difficult personal jurisdiction issues or courts to reach more difficult issues when there is an exceptionally easy method – on the merits – for the defendant to prevail »⁸⁵⁹.

b) *En Europe et en Suisse*

i. **Avant l'adoption de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano**

- 512 En Europe, selon la conception prévalant avant l'adoption de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, l'application stricte du principe de territorialité empêchait une partie d'introduire une action en contrefaçon dans un pays pour des actes illicites commis à l'étranger⁸⁶⁰.
- 513 En Allemagne, la doctrine et la jurisprudence interprétaient le principe de la territorialité de manière restrictive, limitant ainsi la compétence des tribunaux allemands aux actes illicites commis sur sol allemand⁸⁶¹. En France, les tribunaux n'entraient en matière que sur les litiges portant sur des droits de propriété

⁸⁵⁷ *Ibidem*.

⁸⁵⁸ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 904. Au sujet de l'*Act of State*, voir *supra* Chapitre deuxième, V, A, 2, a).

⁸⁵⁹ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 127.

⁸⁶⁰ ULMER EUGEN, La propriété intellectuelle et le droit international privé, n° 28, p. 18 s.

⁸⁶¹ *Ibidem*.

intellectuelle conférés par l'État français⁸⁶². Ils estimaient en outre avoir une compétence exclusive pour toutes les questions relatives à un droit de propriété industrielle français⁸⁶³. Au Royaume-Uni également, la conception antérieure était très restrictive en matière de compétence extraterritoriale relative aux droits de propriété intellectuelle étrangers⁸⁶⁴. Cette conception impliquait ainsi qu'un brevet anglais ne pouvait pas être violé par un acte commis en-dehors des frontières du Royaume-Uni⁸⁶⁵. Ainsi, les tribunaux anglais ne pouvaient pas se saisir de litiges relatifs à la violation d'un droit d'auteur commis à l'étranger⁸⁶⁶.

- 514 La Suisse ne dérogeait pas à la règle en la matière. Avant l'entrée en vigueur de la LDIP ainsi que de la Convention de Lugano, le Tribunal fédéral avait en effet déclaré que « les tribunaux suisses ne peuvent connaître de violations de brevets ou d'actes de concurrence déloyale (...) que dans la mesure où ces actes ont été commis ou ont sorti effet en Suisse »⁸⁶⁷. Le cas de figure ne concernait cependant que l'hypothèse où le défendeur était domicilié à l'étranger.

ii. Après l'adoption de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano

- 515 Dans ce climat d'insécurité juridique, l'adoption des Conventions de Bruxelles et de Lugano a été accueillie avec soulagement en Europe⁸⁶⁸. Ces conventions représentaient le premier pas vers une internationalisation du contentieux⁸⁶⁹. Il a cependant fallu attendre de nombreuses années avant qu'apparaissent les premiers impacts de cette internationalisation sur le droit de la propriété intellectuelle⁸⁷⁰.

⁸⁶² NIBOYET JEAN PAULIN, p. 113-115 ; VÉRON PIERRE, Trente ans d'application de la CB, p. 807 s., et les arrêts cités.

⁸⁶³ Voir BONET GEORGES, Note critique, p. 118, pour qui cependant la décision du Tribunal de grande instance de Paris qui s'est déclaré exclusivement compétent pour connaître d'un litige relatif à la contrefaçon d'un brevet français par une société suisse « ne se justifie pas sur le plan des principes et complique inutilement sur le plan pratique l'exécution de la décision française dans le pays où la contrefaçon a été commise ».

⁸⁶⁴ WADLOW CHRISTOPHER, United Kingdom, p. 1063. Voir également WILDERSPIN MICHAEL, Compétence juridictionnelle, p. 781.

⁸⁶⁵ Voir not. arrêt *Molnlycke AB c. Procter & Gamble Ltd* ; arrêt *Plastus Kreativ AB c. Minnesota Mining and Manufacturing Co* ; arrêt *LA Gear Inc Ltd c. Gerald Whelan & Sons Ltd*.

⁸⁶⁶ WADLOW CHRISTOPHER, United Kingdom, p. 1064.

⁸⁶⁷ ATF 82 II 159, cons. 4.

⁸⁶⁸ Voir not. ULMER EUGEN, La propriété intellectuelle et le droit international privé, n° 28, p. 18 s.

⁸⁶⁹ VÉRON PIERRE, Trente ans d'application de la CB, p. 807.

⁸⁷⁰ NUYTS ARNAUD/SZYCHOWSKA KATARZYNA/HATZIMIHAÏL NIKITAS, International Litigation, p. 6 ss.

- 516 Ces conventions ont ouvert de nouvelles perspectives pour la compétence internationale. En matière de propriété intellectuelle, les tribunaux d'un autre État que celui où le droit est protégé se sont vus attribuer la compétence pour se prononcer sur des litiges relatifs à la violation de ces droits⁸⁷¹.
- 517 Il en va ainsi, notamment, du for au domicile du défendeur (art. 2 CL et art. 2 CB qui est devenu l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis*). Parmi les autres compétences prévues dans ces conventions, se trouve également le for au lieu de l'acte dommageable (art. 5 ch. 3 CL et art. 5 ch. 3 CB qui est devenu l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*), lequel est également applicable en matière de violation d'un droit de propriété intellectuelle.
- 518 L'adoption de règles de conflit de juridictions au niveau international aurait pu mettre un terme aux conceptions territorialistes qui prévalaient. En effet, au vu des travaux préparatoires et des études qui ont été effectuées en matière de propriété intellectuelle dans le cadre de l'adoption de ces instruments internationaux, d'aucuns auraient pu penser que la codification de ces règles telle qu'elle a été pensée aurait harmonisé les courants d'idées. Tel n'est cependant pas le cas.
- 519 Lors de l'adoption des instruments internationaux susmentionnés, les litiges portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle ont été soigneusement distingués des litiges portant sur la validité ou l'inscription de ces mêmes droits. Ces derniers ont ainsi fait l'objet d'une règle de compétence exclusive prévue actuellement à l'art. 22 ch. 4 CL et à l'art. 24 ch. 4 Règlement Bruxelles *Ibis*. Selon ces dispositions, les litiges relatifs à la validité ou à l'inscription de droits de propriété intellectuelle doivent être portés, exclusivement, devant les tribunaux de l'État d'enregistrement ou de dépôt, soit en principe devant les tribunaux de l'État de protection. Or, le législateur n'a pas prévu ce rattachement pour les actions en violation de droits de propriété intellectuelle, de sorte que la compétence juridictionnelle pour ce type d'action n'est pas liée à l'État de protection. De manière générale, la différenciation de traitement entre les actions portant sur « l'essence » des droits de propriété intellectuelle et les actions portant sur la violation de ces droits est un principe unanimement reconnu⁸⁷². Malgré ceci, la tendance territorialiste est encore bien présente en la matière. Une partie de la

⁸⁷¹ HEINZE CHRISTIAN, *International Enforcement* p. 54 ss, et les références citées.

⁸⁷² Bureau permanent, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 4. Les experts de la Conférence de La Haye ont toutefois relevé que ce principe ne semblait pas concerner le Royaume-Uni « (...) où les tribunaux considèrent que la question de la violation du droit est trop étroitement liée à la question de la validité du droit en question pour être traitée séparément » (p. 4).

doctrine considère ainsi toujours que seuls des actes commis sur le territoire dont l'ordre juridique protège le droit de propriété intellectuelle peuvent constituer une violation du droit. Il en va de même réciproquement : un droit de propriété intellectuelle étranger ne peut être violé que par des actes commis à l'étranger⁸⁷³. « *The territoriality principle in its strictest sens has been interpreted as meaning that the infringing acts can occur only within the borders of the country where the right-holder has his/her rights. Hence, patent-infringing acts could occur only within the borders of the protecting country (country of registration) ; and the law of this country would be applicable to the infringement* »⁸⁷⁴.

- 520 Pour certains auteurs en effet, il n'est pas envisageable qu'un tribunal soit compétent pour juger d'une atteinte à un droit si le système juridique en question ne condamne pas ladite atteinte. Selon MOURA VICENTE, retenir le contraire reviendrait à compromettre la liberté individuelle et remettrait en cause la prévisibilité des effets juridiques des conduites individuelles⁸⁷⁵. Selon HEINZE également, il est pour le moins étrange de considérer comme compétent le tribunal d'un État dans lequel le droit dont la violation est invoquée n'existe pas. Il rappelle en outre que le but des règles de compétence est de déterminer un for qui ait un lien de connexité avec la cause, afin de faciliter l'administration de la preuve⁸⁷⁶. Or, selon lui, ce lien ne peut exister qu'avec l'État dans lequel le droit est protégé⁸⁷⁷. Selon cette conception, le *forum delicti* se confond ainsi avec le *forum protectionis*⁸⁷⁸.
- 521 La conception territorialiste est encore répandue à ce jour, comme le démontre le cas *Lucasfilm*⁸⁷⁹. L'arrêt concernait les célèbres casques utilisés dans le film *Star Wars*. Dans cette affaire, la société Lucasfilm Ltd a ouvert action en Angleterre

⁸⁷³ Voir not. BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 352, p. 190 ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 33, p. 916 s. ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 83a, p. 216 ; METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 258 ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 396 ss ; PERRET FRANÇOIS, Territorialité des droits de propriété industrielle, p. 132.

⁸⁷⁴ KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, General Report, p. 17, abordant la problématique sous l'angle de la Convention de Berne.

⁸⁷⁵ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 398.

⁸⁷⁶ HEINZE CHRISTIAN, International Enforcement p. 62 ss.

⁸⁷⁷ JURČYS PAULIUS/NISHITANI YUKO/VANDE WALLE SIMON, Summary of Comments and Discussion on International Jurisdiction, p. 151.

⁸⁷⁸ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 397. Egaleme nt dans ce sens ACOCCELLA DOMENICO, LugÜ Kommentar, ad art. 5 ch. 3 CL, n° 260, p. 225.

⁸⁷⁹ Voir à ce sujet WADLOW CHRISTOPHER, United Kingdom, p. 1069 ss.

contre M. Ainsworth pour violation de ses droits d'auteur américains. Le défendeur avait en effet été mandaté, par la demanderesse et dans le cadre de la réalisation du premier volet de la saga Star Wars, pour fabriquer la version finale des casques et des armures des soldats de l'Empire Galactique. Or, M. Ainsworth avait vendu, depuis l'Angleterre, des copies de ces produits à des clients américains aux États-Unis par le biais de son site Internet. La *England and Wales Court of Appeal* a conclu que les tribunaux anglais n'étaient pas compétents pour trancher le litige en cause⁸⁸⁰.

- 522 Voici les sept raisons qui ont conduit la *Court of Appeal* à cette conclusion. Premièrement, selon celle-ci, la violation des droits de propriété intellectuelle est une affaire territoriale qui relève de l'intérêt public et qui doit ainsi être jugée par les tribunaux locaux⁸⁸¹. Deuxièmement, il existe un risque d'obtenir une décision incompatible avec le droit du for si, comme dans le cas présent, le défendeur est condamné en application du droit américain pour des actes qui selon le droit du for (soit le droit anglais) sont licites⁸⁸². Troisièmement, la compétence extraterritoriale du juge anglais impliquerait une sanction pour des actes commis sur le territoire d'un autre État. Selon la Cour, le juge étranger devrait s'abstenir d'une telle interférence⁸⁸³. Quatrièmement, une décision inverse laisserait trop de place au *forum shopping*⁸⁸⁴. Cinquièmement, il n'existe à ce jour aucun instrument international sur la compétence et sur la reconnaissance des jugements en matière de propriété intellectuelle. Sixièmement, les conclusions de l'affaire *Voda c. Cordis*⁸⁸⁵ peuvent être transposées à la présente affaire⁸⁸⁶. Septièmement, la Cour s'est dite peu convaincue par la distinction entre la violation et la validité des droits de propriété intellectuelle⁸⁸⁷. Pour toutes les raisons susmentionnées, la Cour a finalement conclu que «*for sound policy reasons the supposed international jurisdiction over copyright infringement claims does not exist. If it is ever to be created it should be by Treaty with all the necessary rules about mutual recognition, lis pendens and so on. It is not for judges to arrogate to themselves such a jurisdiction*»⁸⁸⁸. Cette décision représente à elle seule un catalogue des arguments avancés à l'encontre d'une compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon.

⁸⁸⁰ Arrêt *Lucasfilm*, EWCA, cons. 174.

⁸⁸¹ *Idem*, cons. 175.

⁸⁸² *Idem*, cons. 176.

⁸⁸³ *Idem*, cons. 177.

⁸⁸⁴ *Idem*, cons. 178.

⁸⁸⁵ Voir Arrêt *Voda c. Cordis*.

⁸⁸⁶ Arrêt *Lucasfilm*, EWCA, cons. 180.

⁸⁸⁷ *Idem*, cons. 181.

⁸⁸⁸ *Idem*, cons. 183.

- 523 Les arguments de la *Court of Appeal* n'ont toutefois pas convaincu la *United Kingdom Supreme Court* qui a cassé la décision de l'autorité inférieure sur la question de la compétence juridictionnelle⁸⁸⁹. Elle a considéré qu'elle ne voyait aucune objection de principe à interdire des actes sur le territoire d'un autre État, que l'absence d'instruments internationaux relatifs à la reconnaissance des jugements en matière de droit d'auteur était irrelevante et qu'il n'y avait aucune raison de dénier la compétence des tribunaux anglais saisis à l'encontre d'un défendeur anglais dans le cas d'un litige portant sur la violation d'un droit d'auteur étranger⁸⁹⁰.
- 524 En Suisse, et malgré l'adoption de la LDIP et de la Convention de Lugano, une partie de la doctrine et de la jurisprudence a conservé une tendance territorialiste en ce qui concerne la localisation du lieu de l'acte dommageable.

2. Tendances universalistes

- 525 La tendance territorialiste est concurrencée par un autre courant plus universaliste, qui tend à supplanter la compétence exclusive du juge de l'État de protection du droit de propriété intellectuelle. Selon cette tendance universaliste, le principe de territorialité n'a pas d'effets sur les règles de compétence gouvernant les droits de propriété intellectuelle.
- 526 Aux États-Unis, comme on l'a vu dans l'affaire *Voda c. Cordis*⁸⁹¹, la *Court of Appeals for the Federal Circuit* avait déclaré la *District Court for the Western District of Oklahoma* incompétente à raison de la matière pour se prononcer sur un litige relatif à des brevets étrangers. Le juge Newman avait cependant une opinion dissidente. Selon lui, la *District Court for the Western District of Oklahoma* devait être considérée comme compétente pour trancher dudit litige⁸⁹². A son avis, le fait qu'un droit étranger soit applicable au cas d'espèce n'est pas relevant lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence des juridictions saisies. Le juge dissident a ensuite repris les arguments avancés dans la décision pour les critiquer un à un. En substance, il a relevé que dans les faits, l'économie de procédure favoriserait une seule et unique procédure plutôt que cinq procédures

⁸⁸⁹ Arrêt *Lucasfilm*, UKSC, cons. 105 et 114.

⁸⁹⁰ Arrêt *Lucasfilm*, UKSC, cons. 109. Au Royaume-Uni, la tendance territorialiste a perduré, même après l'adoption des instruments internationaux harmonisant les règles de conflit de juridictions et ceci jusqu'à l'affaire *Lucasfilm*. Voir à ce sujet WADLOW CHRISTOPHER, *United Kingdom*, p. 1063 ss.

⁸⁹¹ Voir *supra* Chapitre premier, V, B, 1, a).

⁸⁹² Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 906.

dans cinq pays différents avec toutes les spécificités procédurales que cela entraîne⁸⁹³ ; le fait de dénier la compétence d'un tribunal au motif que les différents régimes applicables aux brevets étrangers engendrent une complexité particulière va à l'encontre des principes fondamentaux de procédure⁸⁹⁴ ; le fait qu'un tribunal américain puisse commettre des erreurs en se prononçant sur des litiges impliquant des brevets étrangers, outre le fait que tel est également le cas dans les autres domaines du droit, n'est pas relevant au stade de la détermination de la compétence⁸⁹⁵. De plus, selon lui, la doctrine de l'*Act of State* ne s'applique clairement pas aux brevets, même si ceux-ci sont attribués dans le cadre de la souveraineté territoriale d'un État étranger⁸⁹⁶. Quant aux traités internationaux mentionnés dans la décision, la question sur laquelle aurait dû se pencher la *Court of Appeals* n'est pas de savoir si l'un d'eux impose aux tribunaux étrangers de trancher les litiges relatifs au droit des brevets, mais au contraire si l'un de ces traités prohibe la compétence des tribunaux étrangers. Or, tel n'est pas le cas⁸⁹⁷. Il a finalement ajouté que la courtoisie n'a pas empêché des tribunaux étrangers de se prononcer sur des brevets américains⁸⁹⁸.

- 527 La tendance universaliste est également observée, dans une certaine mesure, dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Dans le rapport JENARD, il avait ainsi été décidé que, « [c]omme l'octroi d'un brevet national découle de la souveraineté nationale, la convention 'exécution' prévoit en son article 16 point 4, pour les actions portant sur la validité du brevet, une compétence exclusive. En ce qui concerne les autres actions, y compris les actions en contrefaçon, les règles générales de la convention sont applicables »⁸⁹⁹. Le législateur entendait bien distinguer les actions relatives à la validité, qui entraînaient la compétence exclusive du juge de l'État de protection, des actions en contrefaçon, qui relevaient des règles générales de compétence. Les actions en violation de droits de propriété intellectuelle sont ainsi comprises dans la notion de « matière délictuelle » de l'art. 5 ch. 3 CB/CL, à savoir dans une règle générale de compétence.
- 528 Sur la base de l'art. 5 ch. 3 CB/CL, la Cour de justice européenne avait interprété, lors de délits transfrontaliers, le rattachement y relatif comme constituant tant le

⁸⁹³ *Idem*, p. 911.

⁸⁹⁴ *Idem*, p. 912.

⁸⁹⁵ *Idem*, p. 913.

⁸⁹⁶ *Idem*, p. 914.

⁸⁹⁷ *Idem*, p. 915 s.

⁸⁹⁸ *Idem*, p. 917.

⁸⁹⁹ JENARD PAUL, Rapport CB, p. 36.

lieu de l'évènement causal que le lieu du résultat de l'évènement causal⁹⁰⁰. Dans l'affaire *Duijnste*, la Cour a rappelé le caractère restrictif de l'art. 5 ch. 3 CB/CL, en confirmant ce qui avait été mentionné dans le Rapport JENARD, c'est-à-dire qu'en matière d'action en contrefaçon, les « règles générales de compétence » s'appliquent⁹⁰¹. Par la suite, la jurisprudence de la Cour de justice européenne a continué à interpréter l'art. 5 ch. 3 CB/CL selon la théorie de l'ubiquité⁹⁰². Dans un arrêt récent, la Cour a conclu que « la limitation territoriale de la protection d'une marque nationale n'est pas de nature à exclure la compétence internationale des juridictions autres que celles de l'État membre dans lequel ladite marque est enregistrée »⁹⁰³. Le *forum delicti* et le *forum protectionis* ont bel et bien été voulus distincts, ouvrant dès lors la porte à une compétence extraterritoriale du juge. « Ce qui est déterminant au regard de l'art. 5 ch. 3 CLug est (...) le fait que l'acte ait matériellement eu lieu dans la circonscription judiciaire du tribunal devant lequel la demande est pendante, peu importe que cette violation y soit autorisée ou non »⁹⁰⁴.

- 529 De plus, et de manière convaincante, il a été rétorqué à ceux qui prônaient une compétence territoriale du juge de la contrefaçon que « [t]he principle that a court will not exercise jurisdiction where it is unable to provide a remedy under the local law is contrary to the foundation of jurisdiction rules. Indeed, declining jurisdiction to avoid applying foreign law to the dispute goes against the duty of the courts to ensure the adequate judicial protection of the parties. The interests of justice and convenience are better served by admitting that a local jurisdiction can enforce rights defined by foreign law »⁹⁰⁵.
- 530 Selon la tendance universaliste, il n'est ainsi pas exclu qu'un juge autre que celui de l'État de protection se prononce sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle⁹⁰⁶. Cette tendance a reçu récemment un soutien de taille de la part

⁹⁰⁰ Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE, cons. 24, p. 1747.

⁹⁰¹ Arrêt *Duijnste*, CJCE, cons. 23.

⁹⁰² Voir not. arrêt *Shevill*, CJCE ; arrêt *L'Oréal SA*, CJCE.

⁹⁰³ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 38. Cet arrêt concernait néanmoins une atteinte à la personnalité.

⁹⁰⁴ RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 134.

⁹⁰⁵ PERTEGÁS SENDER MARTA, Cross-border Enforcement of Patent Rights, n° 2.25, p. 25. Voir également dans ce sens NUYTS ARNAUD, Place of Infringement, p. 114 ss.

⁹⁰⁶ Voir not. BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 108, p. 1839 ; CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 125 ; DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 181 ; FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 5.66, p. 163 ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 605-608, p. 240 s. ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 114 ; LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Deliktzuständigkeit, p. 218 ss ; PERTEGÁS SENDER MARTA,

de la Cour de justice européenne qui a jugé que « la limitation territoriale de la protection nationale n'est pas de nature à exclure la compétence internationale des juridictions autres que celles de l'État membre dans lequel ladite marque est enregistrée »⁹⁰⁷. Ce principe a ensuite été repris, notamment dans le cadre de la compétence générale du for du domicile du défendeur⁹⁰⁸. Selon l'avocat général NIILO JÄÄSKINEN, bien que la propriété intellectuelle soit dominée par le principe de territorialité, la jurisprudence récente de la Cour de justice européenne a redessiné les contours de ce principe afin de l'adapter aux questions de compétence internationale lors de litiges transfrontaliers⁹⁰⁹.

C. Fors extraterritoriaux

1. For du défendeur

- 531 Traditionnellement, les tribunaux ont appliqué le principe de territorialité de manière étroite et se sont montrés plus enclins à se saisir des affaires lorsque le litige présentait un lien avec leur territoire⁹¹⁰. « Ce lien entre territoire et compétence judiciaire est cependant susceptible d'être rompu lorsque ladite juridiction est investie d'une compétence pour l'intégralité de l'affaire, indépendamment de la localisation des éléments du litige, par exemple lorsque sa compétence est fondée sur l'article 2 du règlement n° 44/2001 »⁹¹¹. Le for du domicile du défendeur – for de principe largement accepté⁹¹² – ne requiert en effet aucun lien entre les juridictions saisies et le lieu du fait dommageable, l'unique lien avec le for étant (naturellement) représenté par le domicile du défendeur.
- 532 Cette absence de lien entre le for et le fait dommageable explique les réticences de certains tribunaux, particulièrement ceux de tradition de *common law*, pour se prononcer sur des litiges s'étant produits à l'étranger. Tel est le cas de l'affaire *Voda c. Cordis*, en 2007, dans laquelle la *Court of Appeals for the Federal Circuit* s'est déclarée incompétente pour trancher un litige ayant eu lieu à l'étranger, alors

Cross-border Enforcement of Patent Rights, n° 2.25, p. 25 ; RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 132 ss ; SCHLOSSER PETER, Rapport, n° 78 ; VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Rechtsprechung 2006, p. 533 s.

⁹⁰⁷ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 30.

⁹⁰⁸ Conclusions de l'avocat général NIILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 46, note de bas de page 33.

⁹⁰⁹ *Idem*, cons. 49.

⁹¹⁰ Voir *supra* Chapitre deuxième, V, B.

⁹¹¹ Conclusions de l'avocat général NIILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 46.

⁹¹² SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, Conflict of Laws, p. 46 s.

même que la défenderesse était une société américaine, atraite sur sol américain⁹¹³.

- 533 On trouve les mêmes réticences au niveau européen dans le cas *Lucasfilm*⁹¹⁴. Dans cette affaire, la Cour d'appel anglaise, dont la compétence était examinée à la lumière de l'art. 2 Règlement Bruxelles I, a considéré que comme le défendeur était domicilié en Angleterre, les conditions relatives à la compétence personnelle (*personal jurisdiction*) étaient remplies. Elle a toutefois nié être compétente à raison de la matière (*subject-matter jurisdiction*). Selon elle, l'art. 2 Règlement Bruxelles I n'avait pas été prévu pour créer une compétence européenne extraterritoriale ou une « *universal international jurisdiction* »⁹¹⁵. Elle a ainsi ajouté que « (...) [w]here the Regulation confers jurisdiction it then goes on to provide cross-border recognition. If it had been intended to confer extra-EU jurisdiction it would have provided also for cross-border recognition ». La Cour a ensuite relevé une inégalité lorsqu'un litige survient entre une personne domiciliée dans un État membre de l'Union européenne et une personne domiciliée dans un État tiers. En effet, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre peuvent être atraites dans cet État, même si le demandeur réside dans un État tiers. A l'inverse, ces mêmes personnes ne peuvent pas saisir les tribunaux d'un État membre de l'Union européenne, car le défendeur n'y est justement pas domicilié. En outre, elles ne sont pas non plus assurées de pouvoir agir au lieu de l'acte dommageable, pour la même raison. Dans ce cas, admettre la compétence au for du domicile du défendeur désavantagerait les citoyens européens par rapport aux étrangers⁹¹⁶.
- 534 En droit européen, ce for général est pourtant applicable aux litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle. Il permet en effet au demandeur de saisir un tribunal compétent (celui du domicile du défendeur) pour tous les litiges relatifs à la violation de droits de propriété intellectuelle, sans égard au fait que la violation se produise dans l'État du for ou dans un ou plusieurs États tiers⁹¹⁷.

⁹¹³ Arrêt *Voda c. Cordis*.

⁹¹⁴ Arrêt *Lucasfilm*, EWCA.

⁹¹⁵ *Idem*, cons. 105.

⁹¹⁶ *Idem*, cons. 110 : « Further there is nothing reciprocal about the proposed extra-EU jurisdiction. If it exists, citizens of non-EU countries are entitled to sue anyone domiciled in an EU Member State in the courts of that Member State, but there is no necessary entitlement for a citizen domiciled in an EU Member State to sue for wrongs done within that Member State in the courts of any non-EU state which has personal jurisdiction over a defendant. It is wholly improbable that the EU legislator would have intended to create such a non-reciprocal state of affairs, putting EU citizens at a disadvantage against non-EU citizens ».

⁹¹⁷ Voir, par exemple, à ce sujet les conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 46.

Transcrit à l'ère du numérique, cela signifie que le tribunal du domicile du défendeur sera compétent pour les litiges ayant lieu dans le monde entier⁹¹⁸.

- 535 La compétence extra-territoriale du juge de la contrefaçon est ainsi consacrée par la Convention de Bruxelles et les règlements subséquents, ainsi que par la Convention de Lugano.
- 536 En droit suisse, la compétence internationale prévue par l'art. 109 al. 2 LDIP est également la consécration de la compétence universelle du juge du domicile du défendeur. Cette disposition permet d'attirer un défendeur devant les tribunaux suisses de son domicile tant pour les violations commises à un droit de propriété intellectuelle suisse que pour celles à l'encontre d'un droit de propriété intellectuelle étranger. Cette compétence permet ainsi la concentration de toutes les actions en contrefaçon devant un seul et même juge⁹¹⁹. Le juge de la contrefaçon pourra en outre également se prononcer à titre incident sur les questions de validité ou d'inscription du titre⁹²⁰.

2. Autres fors extraterritoriaux

- 537 Parmi les autres fors extraterritoriaux, on peut également mentionner le for de la consorité⁹²¹. Ce for est prévu à l'art. 8 ch. 1 Règlement Bruxelles Ibis, lequel permet d'attirer une personne domiciliée dans un État membre de l'Union européenne dans un autre État « s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Le for de la consorité, également prévu à l'art. 6 CL permet ainsi d'attirer les défendeurs devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, si les conditions d'une telle attraction sont réunies⁹²². Il présente ainsi les mêmes caractéristiques extraterritoriales que le for au domicile du défendeur.

⁹¹⁸ METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 253.

⁹¹⁹ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, B, c), i. Au sujet de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon à la lumière de l'art. 109 al. 1 aLDIP, voir CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 125 et TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 766 ss.

⁹²⁰ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, C.

⁹²¹ Ce for est spécialement utilisé pour les litiges de masse (« *mass tort litigation* »), soit notamment en matière de contrefaçon de brevets. Voir à ce sujet HESS BURKHARD, The Brussels I Regulation, p. 1090.

⁹²² Sur les conditions d'application de l'art. 6 CL, voir GUILLAUME FLORENCE, Les fors de la connexité, p. 240 ss.

- 538 Les parties peuvent également conclure une élection de for en faveur des tribunaux d'un autre État que celui de protection du droit de propriété intellectuelle.
- 539 Dans la mesure où ils ne présentent pas de problématique, ou à tout le moins pas de problématique singulière, pour l'objet de la présente étude, et par mesure de concision, le for élu et le for de la consorité ne seront pas approfondis⁹²³.

D. Internet et le principe de territorialité

1. Une problématique territoriale à l'échelle globale

- 540 Bien que le principe de territorialité ait toujours trouvé un écho au sein de la doctrine, l'avènement d'Internet a suscité un regain d'intérêt à son sujet⁹²⁴.
- 541 Ainsi en 1995, GINSBURG, à l'origine du projet de l'American Law Institute sur les droits de propriété intellectuelle⁹²⁵, a relevé que le principe de territorialité « *becomes problematic if it means that posting a work on the GII [Global Information Infrastructure] calls into play the laws of every country in which the work may be received when, as we shall see, these laws may differ substantively. Should the rights in a work be determined by a multiplicity of inconsistent legal regimes when the work is simultaneously communicated to scores of countries ? Simply taking into account one country's law, the complexity of placing works in a digital network is already daunting : should the task be further burdened by an obligation to assess the impact of the laws of every country where the work might be received ? Put more bluntly, for works on the GII, there will be no physical territoriality ; no way to stop works at the border, because there will be no borders. Without physical territoriality, can legal territoriality persist ?* »⁹²⁶.
- 542 Les droits d'auteur sont particulièrement perméables à l'ubiquité d'Internet. GINSBURG a d'ailleurs relevé « *two items of received wisdom : 1) Copyright is territorially-based ; 2) Cyberspace is not. But copyrighted works circulate in cyberspace* »⁹²⁷. Cette perméabilité est due au fait que les droits d'auteur ne

⁹²³ Voir *supra* Chapitre premier, V, A.

⁹²⁴ Voir not. BERGÉ JEAN-SYLVESTRE, Propriété intellectuelle, p. 61 ; BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité n° 5, p. 18 ; DINWOODIE GRAEME B., The Architecture of IP System, p. 999 ; HCCH, Réunion sur les aspects de la propriété intellectuelle, p. 7 ; LUCAS ANDRÉ, Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques, p. 4 ss ; ZEKOLL JOACHIM, Jurisdiction in Cyberspace, p. 342.

⁹²⁵ Voir *infra* Chapitre quatrième, II, A.

⁹²⁶ GINSBURG JANE C., Global Information Infrastructure, p. 318 s.

⁹²⁷ GINSBURG JANE C., The Cyberian Captivity of Copyright, p. 347.

dépendent pas d'une action étatique pour être protégés et qu'ils sont en conséquence particulièrement touchés par l'ubiquité de la diffusion par Internet⁹²⁸.

- 543 Ces remarques concernent les droits d'auteur, mais peuvent être transposées à tous les droits de propriété intellectuelle. En matière de propriété industrielle, il convient dans un premier temps de relever que les brevets semblent moins impactés par les atteintes commises en ligne que le sont les marques⁹²⁹.
- 544 En matière de droit des marques également, l'ubiquité d'Internet remet en question les territoires dans lesquels les biens intellectuels sont protégés, résultante originelle du principe de territorialité. Les signes distinctifs, protégés par la marque, sont ainsi susceptibles d'entrer en conflit avec d'autres signes distinctifs protégés dans d'autres États⁹³⁰.
- 545 L'affaire *Hotel Maritime*⁹³¹ illustre bien la problématique des atteintes au droit des marques sur Internet. Cette affaire concernait le propriétaire d'un *bed and breakfast* au Danemark appelé « Hotel Maritime » et le propriétaire allemand d'une chaîne d'hôtels dénommée « Maritim ». Hors ligne, le titulaire allemand de la marque « Hôtel Maritim » ne dispose d'aucun moyen visant à empêcher qu'une personne aux États-Unis, par exemple, enregistre la même marque⁹³². Les marques similaires peuvent coexister pacifiquement hors ligne. En effet, les marques identiques étant sur des territoires géographiquement éloignés et touchant ainsi des marchés différents, le risque de confusion chez les consommateurs est limité. Cependant, lorsque les mêmes titulaires mettent en ligne leur signe distinctif, les barrières géographiques tombent. Les signes distinctifs se trouvent alors en concurrence directe, augmentant ainsi le risque de confusion chez les utilisateurs d'Internet⁹³³.
- 546 Un signe distinctif enregistré dans un pays A et utilisé sur la toile peut ainsi, potentiellement, entrer en conflit avec tous les signes distinctifs semblables ou

⁹²⁸ KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 114 ; VICENTE Dário MOURA, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 230 s. ; DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 60.

⁹²⁹ HYE-KNUDSEN REBEKKA, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen, p. 79.

⁹³⁰ DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 58 ; voir également la Recommandation commune OMPI, étudiée *infra* Chapitre quatrième, II, C.

⁹³¹ Arrêt étudié *infra* Chapitre troisième, II, C, a), ii, (b).

⁹³² Cette règle n'est pas absolue. Voir à ce sujet l'exception des marques notoirement connues. Voir *supra* Chapitre deuxième, V, A.

⁹³³ DREYFUSS ROCHELLE, An Alert to the IP Bar, p. 422 ss.

identiques enregistrés dans d'autres pays. Cette situation est inévitable et entraîne de nombreux conflits⁹³⁴. Pour l'instant, il n'existe aucune solution pour éviter cet écueil. Exiger de chaque titulaire d'un signe distinctif qu'il se conforme aux législations nationales de tous les pays avant d'utiliser son signe en ligne reviendrait à rendre l'utilisation d'un tel signe particulièrement difficile, voire impossible, et nuirait de la sorte au commerce électronique⁹³⁵.

- 547 Comme l'a relevé SVANTESSON, « *in the Internet context, a strict application of the territoriality principle is quite simply both unworkable and destructive* »⁹³⁶.

2. Délits dissociés vs délits complexes

- 548 La tension créée par l'ubiquité des délits commis sur Internet engendre de surcroît un regain d'intérêt pour la notion de « délits dissociés » ou « parcelle de délits » et la notion « de délits complexes », lesquelles représentent « une difficulté majeure fréquente dans le droit international contemporain de la responsabilité délictuelle »⁹³⁷.
- 549 En matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle commis sur Internet, une question de qualification se pose. En effet, une stricte application du principe de territorialité de limitation annihilerait l'apparente internationalité des litiges en matière de contrefaçon et remettrait ainsi en cause l'application même du droit international privé⁹³⁸. Dans la mesure où la protection des droits de propriété intellectuelle s'arrête aux frontières du pays, une violation de ce type de droit ne pourrait être que locale. Il ne s'agirait plus de « localiser un délit pluri-localisé, mais de localiser une pluralité de délits omnilocalisés »⁹³⁹, d'où la notion de délits dissociés ou de parcelle de délits. Ainsi, selon un courant doctrinal « (...) les droits d'auteur et les droits de propriété industrielle ne relèvent pas du droit international privé, mais du droit international en matière de procédure civile »⁹⁴⁰. Il n'y aurait pas lieu de soumettre un litige portant sur la contrefaçon d'un bien de propriété intellectuelle protégé dans un pays A et vendu dans un pays B aux règles de droit international privé, puisqu'il s'agirait de deux litiges internes et

⁹³⁴ C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Hotel Maritime*, lorsque le propriétaire danois a créé son site Internet qui était visible depuis l'Allemagne et entraînait ainsi en conflit avec la marque allemande du propriétaire allemand.

⁹³⁵ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 276 s.

⁹³⁶ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, Private International Law, p. 8 s.

⁹³⁷ GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Aspects actuels, p. 735.

⁹³⁸ Voir à ce sujet TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 77 ss.

⁹³⁹ Pour un aperçu de cette thèse, voir TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 86.

⁹⁴⁰ ULMER EUGEN, La propriété intellectuelle et le droit international privé, n° 27, p. 18.

distincts⁹⁴¹. La contrefaçon transfrontalière laisserait ainsi la place à autant de contrefaçons internes.

- 550 La conception basée sur la parcelle de délits est celle qui prévalait en France au début des années 1900. La contrefaçon d'un brevet était composée de plusieurs délits, caractérisant ainsi chacun des faits dommageables distincts⁹⁴². « La conséquence de cette conception consiste en une multiplicité d'actions pour le breveté qui, avec chacun de ses brevets d'invention parallèles protégeant la même invention dans les États membres du Marché Commun, attaquera le contrefacteur devant autant de tribunaux qu'il y en a de compétents pour ses actes de contrefaçon »⁹⁴³. La territorialité des délits entraînerait en conséquence, et de manière inconditionnelle, la compétence des tribunaux de l'État sur le territoire duquel a eu lieu ledit délit⁹⁴⁴.
- 551 La Cour de justice européenne a toutefois mis un terme à cette controverse en confirmant le caractère dual du lieu du fait dommageable dans les affaires récentes qui lui ont été soumises⁹⁴⁵.

3. Localisation du *forum delicti*

- 552 La nature même d'Internet remet en cause le principe de la territorialité⁹⁴⁶. Il devient en effet très difficile de localiser les actes illicites dans l'univers global d'échanges internationaux simultanés du réseau en ligne⁹⁴⁷. Quid du détenteur d'un droit d'auteur résidant dans un pays accusant les utilisateurs d'Internet résidant dans d'autres pays de rendre accessible du matériel protégé sur des serveurs de divers pays tiers ? Où localiser la violation ? Où localiser le lieu de l'acte dommageable et le lieu du résultat du dommage au sens du Règlement Bruxelles *Ibis* et de la Convention de Lugano ? Cette violation peut-elle intervenir hors du pays où est protégé le droit du titulaire ?
- 553 En matière d'actes illicites en ligne, la détermination du *forum delicti* s'avère particulièrement ardue. S'agit-il de l'endroit à partir duquel le contenu est mis en

⁹⁴¹ Voir par ex. : ASCARELLI TULLIO, *Teoria della concorrenza*, p. 342 ss ; LUZZATTO RICCARDO, *Diritto di autore*, p. 590.

⁹⁴² LACHAT DANIEL PIERRE, *Contrefaçon de brevets*, p. 71.

⁹⁴³ *Ibidem*.

⁹⁴⁴ *Ibidem*.

⁹⁴⁵ Voir *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, b).

⁹⁴⁶ HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 78, et les références citées.

⁹⁴⁷ GINSBURG JANE C., *Réseaux numériques*, p. 10.

ligne, du serveur qui héberge le site Internet, ou s'agit-il du lieu d'émission ou d'insertion de l'œuvre dans le réseau numérique, ou encore de tous les lieux où le contenu de l'œuvre est accessible, soit potentiellement dans tous les pays du monde ?

- 554 Un cas intéressant à cet égard, concernant la société Yahoo !, a occupé les autorités françaises dès 2000. Dans cette affaire, qui a fait couler beaucoup d'encre, la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme ainsi que l'Union des étudiants juifs de France ont ouvert action en France contre Yahoo ! Inc. et Yahoo ! France, une société américaine et sa filiale française, afin de faire retirer du site de vente aux enchères de Yahoo.com les objets nazis qui étaient proposés à la vente. Le Tribunal de grande instance de Paris a conclu que dans la mesure où les internautes français pouvaient accéder depuis le territoire français au site de vente aux enchères de Yahoo.com contenant les objets incriminés, la société américaine se rendait coupable d'infraction à la loi pénale française. Le tribunal a ainsi ordonné à Yahoo ! Inc. de prendre les mesures utiles et nécessaires afin d'empêcher la consultation sur le service de vente aux enchères de Yahoo.com des objets nazis proposés à la vente⁹⁴⁸.
- 555 Dans cette affaire, le tribunal français a ainsi condamné Yahoo ! Inc., une société américaine, dont le site Internet litigieux était hébergé aux États-Unis, et ceci malgré le fait que l'utilisation du site n'était pas remise en cause aux États-Unis, dans la mesure où la Constitution américaine consacre le principe de la liberté d'expression. Le tribunal a dès lors justifié sa compétence par le fait que l'exposition d'objets nazis, qui est pénalement répréhensible, pouvait être visualisée en France et entraînait ainsi une faute de Yahoo ! Inc. sur le territoire français.
- 556 La problématique a de surcroît poussé l'OMPI à intervenir. En droit des marques, l'OMPI a ainsi édicté une « Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet »⁹⁴⁹ qui a pour but de concilier l'universalité d'Internet et la territorialité des lois. Selon celle-ci, la nature planétaire d'Internet et le fait qu'un signe soit directement accessible dans une multitude d'endroits, de manière simultanée, doit mener à une adaptation des concepts fondamentaux. Ainsi, selon cette Recommandation, l'accessibilité d'un signe sur le territoire d'un État ne suffit pas pour affirmer que l'utilisation d'un signe a eu lieu dans cet État. L'utilisation d'un

⁹⁴⁸ Voir arrêt *Yahoo ! Référé*. Pour une étude approfondie de cette affaire, voir WILHELM THERESA, *Yahoo !*, p. 232 ss.

⁹⁴⁹ Recommandation commune OMPI.

signe sur le territoire d'un État ne doit être réputée avoir eu lieu sur ce territoire que si cette utilisation entraîne des incidences commerciales⁹⁵⁰.

- 557 Au niveau européen, l'affaire *L'Oréal SA* révèle la tension entre territorialité et universalité. Dans cette affaire, L'Oréal SA reprochait à eBay Inc. de proposer à la vente, sur la place de marché en ligne de cette dernière, des produits L'Oréal contrefaits. La défenderesse, eBay, soutenait quant à elle que « le titulaire d'une marque enregistrée dans un État membre ou d'une marque communautaire ne saurait utilement invoquer le droit exclusif conféré par cette marque tant que les produits revêtus de celle-ci et offerts à la vente sur une place de marché en ligne se trouvent dans un État tiers et ne sont pas nécessairement acheminés vers le territoire couvert par ladite marque »⁹⁵¹. La Cour de justice européenne n'a cependant pas suivi la défenderesse, considérant que cette thèse ouvrirait la porte à des abus. En effet et dans ce type de cas, « les opérateurs qui recourent au commerce électronique en proposant à la vente, sur une place de marché en ligne destinée à des consommateurs situés dans l'Union, des produits de marque situés dans un État tiers, qu'il est possible de visualiser sur écran et de commander au moyen de ladite place de marché n'auraient, pour ce qui concerne des offres à la vente de ce type, aucune obligation de se conformer aux règles de l'Union en matière de propriété intellectuelle »⁹⁵².
- 558 Nous nous accordons finalement à dire que « [c]'est le grand mérite de l'Internet, après les satellites, d'obliger à redécouvrir les aspects internationaux de la discipline, trop longtemps occultés, en dépassant le territorialisme frileux hérité de la tradition régaliennne des privilèges »⁹⁵³.

E. Conclusion : une territorialité en perte de légitimité

- 559 Comme nous venons de le voir, le principe de territorialité a fréquemment été utilisé par les tribunaux pour décliner leur compétence.
- 560 L'examen des litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle par un tribunal étranger n'entre cependant pas inévitablement en conflit avec la souveraineté territoriale de l'État concédant le droit. En effet, si les litiges relevant de l'inscription et de la validité de ces droits sont étroitement liés à l'État sur le territoire duquel ils sont protégés, tel ne devrait pas être le cas des litiges liés à la

⁹⁵⁰ Notes explicatives relatives à la Recommandation commune OMPI, ad art. 2, n° 2.02.

⁹⁵¹ Arrêt *L'Oréal SA*, CJUE, cons. 61.

⁹⁵² *Idem*, cons. 62.

⁹⁵³ LUCAS ANDRÉ, *Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques*, p. 5.

violation de ces mêmes droits. Dans le second cas, la victime d'une atteinte va en effet user d'un droit propre pour poursuivre le défendeur en justice. Il ne s'agit ainsi pas de remettre en cause un acte de puissance publique mais bien de protéger un droit privé⁹⁵⁴.

- 561 Si l'adoption des Conventions de Bruxelles et de Lugano a été unanimement saluée, notamment en cela que ces conventions favorisaient l'universalité plutôt que la territorialité, la tendance territorialiste reste néanmoins de mise dans certaines matières. Les points d'achoppement sont notamment liés à la détermination du lieu où l'acte dommageable s'est produit ou risque de se produire au sens de ces conventions. Si une partie de la doctrine considère que ce lieu peut intervenir en dehors de l'État de protection, un autre courant soutient en effet que ce lieu est du ressort exclusif du juge de l'État dans lequel le droit est protégé.
- 562 Cette tension puise sa source dans la nature territoriale des droits de propriété intellectuelle. En effet, le principe de territorialité est à l'origine des règles de compétence exclusive en matière de propriété intellectuelle. C'est ainsi probablement à ce principe que l'on doit la confusion opérée avec les règles de conflit de juridictions en matière de contrefaçon. En droit suisse, il avait ainsi été relevé, lors de la modification de la LDIP, que « le lieu de la protection et le lieu de l'acte et du résultat se recouvrent »⁹⁵⁵.
- 563 C'est pourtant de manière réfléchie et délibérée que les fors en la matière avaient été distingués des fors exclusifs prévus pour les litiges relatifs à la validité et à l'inscription des droits de propriété intellectuelle. Le *forum delicti* avait été soigneusement distingué du *forum protectionis*. Le critère de rattachement prévu en matière délictuelle était en effet justifié par le lien étroit entre le litige (et en conséquence la violation du droit) et le for, et ceci afin de faciliter l'administration de la preuve ainsi que le déroulement efficace de la procédure et l'organisation du procès.
- 564 Au surplus, un juge valablement saisi en vertu de l'art. 5 ch. 3 CL (art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis), déniait sa compétence au motif qu'un autre for entretiendrait des liens plus étroits avec l'affaire, procéderait à un examen proche de celui prescrit par la doctrine du *forum non conveniens*. Cette doctrine, issue des pays de tradition de *common law*, a essuyé de vives critiques et n'a pas été retenue lors de l'adoption des Conventions de Bruxelles et de Lugano, au motif notamment qu'elle nuisait à la sécurité du droit.

⁹⁵⁴ PERTEGÁS SENDER MARTA, Cross-border Enforcement of Patent Rights, n° 2.13 s., p. 20 s.

⁹⁵⁵ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 118.

- 565 Une autre source de confusion provient de la dissociation entre les facteurs nécessaires à la détermination de la compétence et ceux nécessaires à la détermination du droit applicable. On retrouve d'ailleurs le même critère de rattachement en matière de compétence exclusive (lieu de dépôt ou d'enregistrement du droit)⁹⁵⁶ et en matière de droit applicable (*lex protectionis*). Pourtant, il est primordial de distinguer ces deux étapes. De nombreux arrêts et auteurs ont ainsi créé et souhaité, d'une manière ou d'une autre, une interdépendance entre ces deux notions. Il a ainsi été retenu comme inapproprié que les tribunaux d'un État se prononcent sur un litige relatif à un droit de propriété intellectuelle dont l'usage est libre sur le territoire dudit État. Or, la compétence n'implique pas obligatoirement l'application de la *lex fori*. Les règles de droit international privé peuvent tout à fait désigner un droit étranger (c'est d'ailleurs en général le droit de l'État de protection qui sera désigné). Exclure la compétence des tribunaux locaux sur cette base serait ainsi, et pour reprendre des termes adéquats, « *contrary to the foundations of the jurisdiction rules* »⁹⁵⁷. Certains tribunaux n'ont tout simplement pas examiné leur compétence mais ont conclu au rejet de l'action au fond faute de violation. D'autres ont fait intervenir des notions de droit matériel pour justifier l'exclusion de leur compétence. La théorie des faits doublement pertinents ainsi que la *double actionability rule* sont les témoins privilégiés de cette inclinaison.
- 566 Néanmoins, au vu de l'évolution du droit international privé face aux défis concernant les litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle sur Internet et malgré certains courants territorialistes persistants, nous pensons que le principe de territorialité est amené à perdre de sa légitimité, en matière de compétence à tout le moins, et doit être confiné à des litiges portant sur la validité ou l'inscription des droits dans les registres publics.

VI. Synthèse

- 567 L'ère numérique ne remet pas en cause l'internationalité des litiges mais la place, bien au contraire, au rang de règle. Les éléments d'extranéité sont ainsi la règle lorsqu'il s'agit d'Internet.
- 568 Si de nombreuses tentatives, sur la scène internationale, ont été entreprises pour harmoniser les droits de propriété intellectuelle, aucun instrument international n'a jusqu'à présent réussi à appréhender cette matière et à unifier les règles de

⁹⁵⁶ Art. 22 ch. 4 CL.

⁹⁵⁷ PERTEGÁS SENDER MARTA, Cross-border Enforcement of Patent Rights, n° 2.25, p. 25.

coordination entre les différents systèmes juridiques lors de litiges internationaux. Dans la mesure où les efforts en vue de conclure une convention de droit international privé emportant l'assentiment mondial sont restés vains, les tribunaux saisis d'un litige en contrefaçon examineront ainsi leur compétence à la lumière de leurs propres règles de conflit de juridictions applicables aux délits hors ligne. Or, les règles de conflit de juridictions qui trouvent application hors ligne peinent déjà à s'accorder sur la compétence du juge de la contrefaçon.

- 569 En droit américain, le juge de la contrefaçon admettra sa compétence si les conditions de la compétence matérielle et personnelle sont remplies. La compétence matérielle est étroitement liée à l'application extraterritoriale des lois américaines. En effet, pour qu'un litige tombe dans le champ d'application des lois régissant les droits de propriété intellectuelle (*Copyright Act, Patent Act, Lanham Act*), il est nécessaire, en substance, qu'un acte délictuel ou qu'un effet sur le commerce ait eu lieu sur le territoire américain. La compétence personnelle dépend, quant à elle et en substance, des liens qu'entretient le défendeur avec le for. L'intensité des liens exigée pour fonder la compétence des tribunaux américains dépend du type de compétence personnelle (générale ou spéciale). Il convient en outre de rappeler que les tribunaux disposent d'un large pouvoir discrétionnaire, notamment dû à la doctrine du *forum non conveniens*. De manière générale, les tribunaux américains sont peu enclins à admettre leur compétence lorsqu'il s'agit de litiges portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle étrangers.
- 570 En droit européen et en droit suisse, les règles de conflit de juridictions se trouvent respectivement dans le Règlement Bruxelles *Ibis*, dans la Convention de Lugano ainsi que dans la LDIP. Ainsi, outre la compétence des tribunaux du domicile du défendeur, le juge du lieu où l'acte dommageable s'est produit sera compétent en matière délictuelle.
- 571 Face à des délits transfrontaliers, il a été décidé, dans l'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*, que ce lieu désignait tant le lieu de l'acte dommageable que celui du résultat. C'est également la conception du législateur suisse qui, contrairement à la solution retenue dans le Règlement Bruxelles *Ibis* et la Convention de Lugano, a expressément inscrit le lieu de l'acte et du résultat à l'art. 109 al. 2 LDIP.
- 572 Une première problématique survient à ce stade lorsqu'il s'agit de transposer la jurisprudence *Mines de Potasse d'Alsace* aux violations de droits de propriété intellectuelle. Se pose ainsi la question de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon. Un juge peut-il être compétent pour prendre des conclusions relatives à la violation d'un droit de propriété intellectuelle protégé à l'étranger ?

C'est en effet la conséquence de l'application de cette jurisprudence aux délits relatifs à la propriété intellectuelle qui fonderait la compétence des tribunaux du lieu de l'acte dommageable ainsi que celle des tribunaux du lieu du résultat du dommage, et ceci indépendamment de l'endroit où est protégé le droit de propriété intellectuelle. Une stricte application de cette jurisprudence impliquerait ainsi potentiellement qu'un juge autre que celui de l'État de protection soit compétent. Or, comme nous avons pu le constater, la doctrine et la jurisprudence sont divisées à ce sujet. L'approche territorialiste ne peut en effet concevoir qu'une telle situation puisse se produire. Selon cette approche, le lieu de l'acte dommageable ainsi que celui du lieu du résultat ne pourraient se situer que dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle. En conséquence, seuls les tribunaux du lieu de protection seraient compétents pour se prononcer sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle. Selon une approche universaliste, le lieu de l'acte dommageable pourrait se situer dans un autre État que celui de protection du droit et permettrait ainsi d'attirer un défendeur devant les tribunaux d'un État sur le territoire duquel le droit n'est pas protégé et est donc libre.

- 573 Le droit américain est ainsi plus souple que les droits européen et suisse, dans la mesure où les tribunaux examineront leur compétence au cas par cas, à la lumière des *minimum contacts*⁹⁵⁸.
- 574 Alors que cette divergence d'opinion n'a pas encore trouvé son épilogue, Internet vient encore complexifier la situation. En effet, l'ubiquité d'Internet entraîne de par sa nature des dommages extraterritoriaux, impliquant en principe une multitude d'États. Cette forme d'ubiquité pourrait potentiellement rendre tous les pays compétents pour trancher le même litige. En matière de délits plurilocalisés, la Cour de justice a en effet décrété soit « les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit (...) les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie »⁹⁵⁹.
- 575 Dans l'arrêt *Shevill*, la Cour de justice européenne a ainsi localisé le lieu de l'acte dommageable au lieu d'établissement de l'éditeur et le lieu du résultat au lieu dans lequel la publication a été diffusée. Ces critères de rattachement sont-ils adaptés pour appréhender toute la complexité des litiges commis en ligne ? Cette jurisprudence peut-elle être appliquée par analogie aux atteintes aux droits de

⁹⁵⁸ KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 103.

⁹⁵⁹ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 33.

propriété intellectuelle commis sur Internet ? Si tel est le cas, où situer le lieu de l'acte dommageable (si tant est que ce lieu puisse être différent du lieu du résultat ou du lieu de protection du droit) ? S'agit-il également du lieu de l'établissement de la personne qui a mis en ligne la contrefaçon ? Pourrait-il s'agir du lieu de la mise en ligne (« *upload* ») ? Du lieu où le serveur est situé ? Du lieu où la commande de produits contrefaits a été passée ? En ce qui concerne le lieu du résultat, peut-il être localisé au lieu où Internet est diffusé ? Pourrait-il être localisé au lieu où le contenu contrefait est téléchargé (« *download* ») ? Au lieu où les marchandises sont acheminées ? Au lieu où le droit est protégé ?

- 576 Les règles de conflit de juridictions applicables aux délits hors ligne sont particulièrement mal adaptées aux litiges commis en ligne. Cette situation laisse ainsi les différents acteurs dans un flou juridique contraire aux grands principes de sécurité du droit, d'accès à la justice ainsi qu'aux garanties juridictionnelles fondamentales.
- 577 C'est pourquoi il est impératif pour le droit international privé de donner une réponse adéquate à cette problématique. « *The rules of private international law have developed, been modified and changed continuously since rules of private international law were first created – there is no reason to think that we will not be able to apply private international law rules to Internet activities* »⁹⁶⁰. Si certains auteurs sont convaincus de la capacité des règles de droit international privé à réguler de manière adéquate les activités menées sur Internet, nous allons maintenant étudier, dans les chapitres suivants, la réponse donnée par les juridictions étatiques.

⁹⁶⁰ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Borders on, or border around*, p. 353.

CHAPITRE TROISIÈME. COMPETENCE INTERNATIONALE EN MATIERE D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN LIGNE

« *New wine in old bottles* »⁹⁶¹

- 578 Dans la mesure où il n'existe pas de règles de conflit de juridictions spécifiquement applicables aux litiges relatifs à la propriété intellectuelle en ligne, nous avons déterminé, dans le chapitre précédent, quelles sont les règles de conflit de juridictions traditionnellement applicables aux litiges « classiques », à savoir hors ligne. En raison de la nature particulière des droits de propriété intellectuelle ainsi que d'Internet, soit leur essence territoriale, d'une part, et respectivement ubiquitaire, d'autre part, nous avons observé que le mariage forcé de ces deux éléments oblige les tribunaux à remettre en cause, ou à tout le moins à adapter les principes traditionnellement applicables hors ligne. De la même manière qu'un vin nouveau versé dans de vieilles bouteilles, le contenu n'est plus en adéquation avec le contenant. Il convient dès lors d'examiner comment les tribunaux des différents systèmes juridiques choisissent leur contenant, soit comment ils interprètent et appliquent les règles traditionnelles de conflit de juridictions à ce nouveau type de litige en ligne.

I. En droit américain

A. Introduction

- 579 En droit américain, les principes applicables pour déterminer la compétence juridictionnelle des tribunaux sont ancrés dans la Constitution et plus particulièrement dans la clause constitutionnelle du *due process*. La doctrine traditionnelle y relative n'a eu de cesse, au fil du temps, de s'adapter et d'évoluer en fonction du développement des valeurs essentielles et des conditions sociales, économiques et politiques dans le pays⁹⁶². Cette doctrine a subi de plein fouet les assauts des avancées technologiques, telles qu'Internet. La *Supreme Court* a relevé que « [*l]ooking back over this long history of litigation a trend is clearly discernible toward expanding the permissible scope of state jurisdiction over*

⁹⁶¹ REDISH MARTIN H., *Of New Wine and Old Bottles*, p. 575 ss.

⁹⁶² *Idem*, p. 576.

foreign corporations and other nonresidents. In part this is attributable to the fundamental transformation of our national economy over the years. Today many commercial transactions touch two or more States and may involve parties separated by the full continent. With this increasing nationalization of commerce has come a great increase in the amount of business conducted by mail across state lines. At the same time modern transportation and communication have made it much less burdensome for a party sued to defend himself in a State where he engages in economic activity. »⁹⁶³ Les tensions engendrées par l'avènement d'Internet ont néanmoins compliqué cette évolution de manière significative. En effet, la nature ubiquitaire ainsi que l'essor subi par ce moyen de communication ont requis une adaptation des concepts traditionnels, adaptation particulièrement prononcée en matière de compétence personnelle⁹⁶⁴.

- 580 La compétence personnelle dépend des *minimum contacts* que le défendeur entretient avec le for⁹⁶⁵. Si cette condition a fait l'objet de principes adoptés et admis par la jurisprudence et la doctrine lorsque le litige concerne un délit commis *offline*⁹⁶⁶, l'examen des liens qu'entretient le défendeur avec le for est plus ardu lorsque le litige se produit en ligne.
- 581 Transcrit à l'ère numérique, la condition des *minimum contacts* revient à déterminer si le défendeur, par le biais de son site Internet, a suffisamment de liens avec le for⁹⁶⁷. C'est cette notion que nous allons étudier par la suite au travers de l'évolution jurisprudentielle. L'insécurité juridique liée à la compétence judiciaire pour les délits commis sur Internet se ressent jusqu'aux plus hautes sphères du pouvoir judiciaire américain. La jurisprudence rendue par les différents tribunaux en est le parfait reflet. En effet, les tribunaux tentent de s'adapter aux cyberdélits en élaborant différents mécanismes, dont certains sont pourtant très éloignés des principes appliqués traditionnellement et mettent en place de nouvelles exigences particulièrement élevées en matière de compétence personnelle.
- 582 De plus, la *Supreme Court* ne s'étant à ce jour pas prononcée de manière univoque sur cette question, chaque *Circuit* applique ses propres concepts, contribuant ainsi largement à l'insécurité juridique qui règne en la matière. Une étude minutieuse et exhaustive des arrêts rendus dans chaque *Circuit* émanant des différentes autorités dépassant largement le cadre de la présente étude, nous nous

⁹⁶³ Arrêt *McGee c. International Life Insurance Co.*, p. 222 s.

⁹⁶⁴ REDISH MARTIN H., *Of New Wine and Old Bottles*, p. 575 ss.

⁹⁶⁵ Voir *supra* Chapitre deuxième, II.

⁹⁶⁶ Voir *supra* Chapitre deuxième, II.

⁹⁶⁷ OMPI, *A Survey of Issues*, p. 85.

concentrerons sur un choix d'arrêts topiques, relevant dans le cadre prédéfini. Néanmoins, et avant de nous livrer à un examen de la jurisprudence américaine sélectionnée, il convient de rappeler que l'étendue des liens exigée entre le défendeur et le for dépend du type de compétence à laquelle le défendeur est soumis ; elle est ainsi soit générale (C) soit spéciale (D). Toutefois, avant de procéder à cet examen jurisprudentiel, nous ferons une très brève introduction relative à l'interprétation des *long-arm statutes*, lesquels présentent un intérêt particulier dans le cadre de la présente étude (B).

B. Interprétation des *long-arm statutes*

- 583 Dans le cadre de la détermination de la compétence personnelle, et avant de procéder à l'examen de la clause constitutionnelle du *due process*, les tribunaux doivent déterminer si le litige respecte les conditions de la loi de l'État dans lequel ils siègent (*long-arm statute*)⁹⁶⁸. Chaque État possède ses propres lois internes, de sorte qu'une étude de l'interprétation de chacune de ces lois sortirait largement du cadre de la présente étude. Il est toutefois intéressant, à des fins purement exemplatives d'examiner l'une des interprétations donnée récemment par les tribunaux new-yorkais qui illustre bien la difficulté liée au réseau Internet.
- 584 Dans un arrêt de 2011, la *Court of Appeals of New York* a eu à se prononcer sur la compétence *ratione personae* dans le cadre d'une action en violation d'un droit d'auteur⁹⁶⁹. L'affaire concernait la société American Buddha, dont le siège se trouve en Arizona et qui détenait une bibliothèque virtuelle, c'est-à-dire un site Internet à partir duquel les internautes pouvaient télécharger gratuitement des œuvres littéraires. Parmi les œuvres offertes aux internautes se trouvaient quatre livres dont les droits étaient détenus par la société Penguin Group, société basée à New York.
- 585 Penguin Group a ouvert action contre American Buddha pour violation de ses droits d'auteur devant les tribunaux de New York. La *District Court for the Southern District of New York* a néanmoins considéré qu'elle n'était pas compétente dans le cas d'espèce⁹⁷⁰. Selon le tribunal, la disposition contenue dans le *long-arm statute* de l'État de New York⁹⁷¹ ne lui permettait pas d'asseoir sa

⁹⁶⁸ Voir *supra* Chapitre deuxième, II, B, 2, b).

⁹⁶⁹ Arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 16 N.Y.3d 295, p. 301.

⁹⁷⁰ Arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, S.D.N.Y., p. 13.

⁹⁷¹ Selon l'art. N.Y. C.P.L.R. 302(a)(3)(ii), les tribunaux sont compétents *ratione personae* si le défendeur, non domicilié dans l'État du for, « *commits a tortious act without the state causing injury to person or property within the state, except as to a cause of action for defamation of*

compétence dans la mesure où le lieu du dommage n'était pas situé à New York, au siège de Penguin Group, mais au lieu où les droits d'auteur avaient été violés, soit au lieu où se trouve le serveur d'American Buddha, vraisemblablement en Arizona⁹⁷².

- 586 Penguin Group a fait appel de la décision de la *District Court for the Southern District of New York*. La *Court of Appeals for the Second Circuit* a ainsi été appelée à examiner le lieu où pouvait être localisé le dommage. Le tribunal a relevé que les tribunaux new-yorkais n'avaient jamais clairement tranché la question de la localisation du dommage lors d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Il a ainsi relevé que les « *District courts in this Circuit that have addressed the question have reached disparate results, some concluding that the injury occurs where the plaintiff experiences the loss ; some concluding that it depends where the infringed property is held, apparently assuming that the property is held at its owner's residence or principal place of business ; and some concluding that the injury occurs where the infringing conduct took place* »⁹⁷³. En conséquence, le tribunal a soumis la question suivante à l'autorité supérieure : « *In copyright infringement cases, is the situs of injury for purposes of determining long-arm jurisdiction under N.Y. C.P.L.R. § 302(a)(3)(ii) the location of the infringing action or the residence or location of the principal place of business of the copyright holder ?* »⁹⁷⁴. La *Court of Appeals for the Second Circuit* a en outre précisé que la question portait principalement sur la localisation du dommage lors de la violation d'un droit de propriété intellectuelle, mais elle a également rappelé que « *the presence of online libraries and the Internet may have an impact on the Court of Appeals' evaluation of the situs of injury and may figure in the Court's analysis* »⁹⁷⁵.

character arising from the act, if he (...) expects or should reasonably expect the act to have consequences in the state and derives substantial revenue from interstate or international commerce ». Aux fins de déterminer si les tribunaux new-yorkais sont compétents en vertu de cette disposition, le demandeur devra démontrer que « *(1) the defendant's tortious act was committed outside New York, (2) the cause of action arose from that act, (3) the tortious act caused an injury to a person or property in New York, (4) the defendant expected or should reasonably have expected that his or her action would have consequences in New York, and (5) the defendant derives substantial revenue from interstate or international commerce* ». Dans l'affaire *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, c'est la troisième condition qui entraînait des problèmes relatifs à la localisation du dommage. Voir à ce sujet l'arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, S.D.N.Y., p. 5-8 et l'arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 609 F.3d 30, p. 35 ss.

⁹⁷² Arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, S.D.N.Y., p. 12 s.

⁹⁷³ Arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 609 F.3d 30, p. 36.

⁹⁷⁴ *Idem*, p. 42.

⁹⁷⁵ *Idem*, p. 43.

- 587 En raison de la place importante d'Internet dans la présente affaire, la *Court of Appeals of New York* a reformulé la question posée par l'autorité inférieure de la manière suivante : « *in copyright infringement cases involving the uploading of a copyrighted printed literary work onto the Internet, is the situs of injury for purposes of determining long-arm jurisdiction under N.Y. C.P.L.R. § 302(a)(3)(ii) the location of the infringing action or the residence or location of the principal place of business of the copyright holder?* »⁹⁷⁶. Le tribunal a commencé son analyse en se distançant de sa jurisprudence relative à la violation de droits de propriété intellectuelle dans la mesure où le litige qui lui était soumis concernait Internet. En effet, selon lui, les dommages sont plus difficiles à localiser et à quantifier lorsqu'ils sont commis sur Internet, qui est un moyen de communication par essence virtuel et ubiquitaire. En l'occurrence, le tribunal a identifié deux types de facteur permettant la localisation du dommage dans l'État de New York.
- 588 Premièrement, le fait que les livres aient été mis en ligne sans le consentement de leur propriétaire a pour conséquences que ces œuvres sont instantanément accessibles à toutes les personnes possédant une connexion Internet, qu'elles se trouvent dans l'État de New York ou dans un autre État américain ou encore dans tout autre pays du monde. Ces personnes pourront ainsi gratuitement lire ou télécharger les livres en question. La violation ne peut pas être circonscrite à certains États, de sorte que cette violation ne peut pas être localisée à « *the place where plaintiff lost business* », puisqu'il n'existe pas un seul lieu qui corresponde à cette définition. Selon le tribunal, ce critère n'est pas transposable aux litiges commis par Internet, car le lieu de la mise en ligne est irrelevant et il est au surplus particulièrement difficile, voire impossible, d'évaluer la perte économique subie dans un périmètre particulier⁹⁷⁷.
- 589 Deuxièmement, le tribunal a considéré la nature particulière du droit d'auteur qui confère à son titulaire un droit exclusif sur son œuvre, lequel se décline en une multitude de droits (droit de distribution, de vente, de location, etc.). Cette nature particulière implique pour la victime de piratage « *something more than the indirect financial loss* »⁹⁷⁸ qui devait être pris en compte. Le tribunal a de plus ajouté que le fait que les livres n'aient pas été téléchargés dans l'État de New York ne faisait pas échec à la localisation de la violation dans cet État, dès lors qu'il est de jurisprudence constante que « *a tort committed outside the state that was likely*

⁹⁷⁶ Arrêt *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 16 N.Y.3d 295, p. 301.

⁹⁷⁷ *Idem*, p. 304 s.

⁹⁷⁸ *Idem* p. 305. Parmi les autres dommages que peuvent subir les auteurs, le tribunal a cité la diminution de la motivation à publier ou à écrire.

to cause harm through the loss of business inside the state was sufficient to establish personal jurisdiction regardless of whether damages were likely recoverable or even ascertainable »⁹⁷⁹.

- 590 Le tribunal a finalement conclu que « *the role of the Internet in cases alleging the uploading of copyrighted books distinguishes them from traditional commercial tort cases where courts have generally linked the injury to the place where sales or customers are lost* ». Selon lui, la localisation du dommage lors d'atteintes commises par Internet est de moindre importance au vu du but poursuivi par le pirate qui n'est autre que de rendre l'œuvre accessible à toute personne ayant un accès à Internet, y compris aux internautes new-yorkais. Le tribunal a conclu que l'atteinte alléguée aux droits d'auteur de Penguin Group avait eu lieu à New York.
- 591 Bien que cet arrêt ne concerne que la loi interne new-yorkaise, il illustre bien, à notre avis, la problématique soulevée par l'interprétation des *long-arm statutes*. En effet, pour pouvoir attirer une personne domiciliée dans un autre État devant les tribunaux saisis du litige, les conditions prévues dans la loi étatique doivent être remplies. En l'occurrence, il s'agissait de déterminer si un dommage avait été subi à New York. La conclusion de la Cour d'appel ne préjuge cependant pas de la compétence *ratione personae* définitive du tribunal de première instance auquel la cause a été renvoyée. Celui-ci devra encore examiner sa compétence à la lumière de la clause constitutionnelle du *due process*, qui implique que le défendeur entretienne des liens suffisants avec le for et que la cause satisfasse les notions de *fair play and substantial justice*. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le tribunal a rappelé ces éléments, tout en assurant que l'arrêt qu'il rendait « *does not open a Pandora's box* »⁹⁸⁰. Cette dernière justification est due au fait que l'interprétation donnée à la loi new-yorkaise entraîne de nombreuses répercussions pour les opérateurs et les sociétés actives sur Internet. En effet, celles-ci s'exposent à être attirées devant les tribunaux new-yorkais si elles contreviennent à un droit d'auteur dont le propriétaire réside dans cet État, alors même que le dommage a été subi dans un autre État.

C. General Jurisdiction

- 592 De manière générale, les tribunaux américains se sont montrés peu enclins à admettre leur compétence personnelle générale dans les cas qui se rapportent à

⁹⁷⁹ *Idem*, p. 306.

⁹⁸⁰ *Idem*, p. 307.

Internet⁹⁸¹. La compétence générale est en effet donnée pour tout type d'action contre un défendeur en raison des liens qu'il entretient avec le for⁹⁸².

- 593 Dans un premier temps, l'arrêt *Int'l Shoe Co. c. Wash* et sa progéniture⁹⁸³ fondait la compétence générale eu égard aux liens continus et systématiques que le défendeur entretenait avec le for. Dans l'affaire *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L.*, il avait ainsi été relevé que tel était le cas lorsque le défendeur entretenait des liens s'apparentant à une présence physique (*physical presence*) dans l'État du for⁹⁸⁴. Parmi les éléments à prendre en considération en vue d'établir ces liens se trouvaient, par exemple, des ventes ou des activités commerciales engagées dans l'État du for⁹⁸⁵. Le défendeur devait exercer une activité économique (*doing business*) dans cet État pour que ces activités puissent s'apparenter à une présence physique. La compétence personnelle générale pourrait être admise si le défendeur possède par hypothèse une antenne ou des bureaux dans l'État du for ou dans le cas où le directeur d'une société travaillerait de manière régulière et intensive dans l'État du for⁹⁸⁶. En l'occurrence, les liens entre le défendeur et le for basés uniquement sur la vente de quelques billets depuis le site Internet de celui-ci à des résidents de l'État du for avaient été considérés comme trop lâches pour fonder la compétence personnelle générale⁹⁸⁷.
- 594 Par la suite, la *Supreme Court* a rendu deux arrêts de principe : l'arrêt *Goodyear Dunlop* en 2011 et l'arrêt *Daimler* en 2014. Ces arrêts ont marqué un tournant dans la façon d'appréhender la compétence personnelle. Depuis cette jurisprudence, la compétence générale a été retreinte⁹⁸⁸ et n'est fondée que si le défendeur peut être considéré « *at home* » dans l'État du for.
- 595 Dans l'arrêt *Goodyear Dunlop*, la Cour suprême a en effet considéré que les liens entretenus avec le for devaient être « *so 'continuous and systematic' as to render them [les sociétés défenderesses] at home in the forum state* »⁹⁸⁹. En l'occurrence, la Cour a conclu que les défenderesses n'étaient pas « *at home* » dans l'État de

⁹⁸¹ STRAVITZ HOWARD B., *Personal Jurisdiction in Cyberspace*, p. 934 s.

⁹⁸² GINSBURG JANE C., *Réseaux numériques*, p. 9.

⁹⁸³ Arrêts *Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall et Perkins*.

⁹⁸⁴ Arrêt *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L.*, p. 1086.

⁹⁸⁵ Dans l'arrêt *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L.*, p. 1086, le tribunal a considéré que des liens continus et systématiques pourraient être retenus si le défendeur « *makes sales, solicits or engages in business in the state, serves the state's markets, designates an agent for service of process, holds a license, or is incorporated there* ».

⁹⁸⁶ Arrêt *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L.*, p. 1086.

⁹⁸⁷ *Idem*, p. 1086.

⁹⁸⁸ SYMEONIDES SYMEON C, *United States of America*, p. 38.

⁹⁸⁹ Arrêt *Goodyear Dunlop*, p. 2851.

Caroline du Nord car celles-ci « *do not design, manufacture, or advertise their products in North Carolina. And they do not solicit business in North Carolina or themselves sell or ship tires to North Carolina customers. Even so, a small percentage of petitioners' tires (tens of thousands out of tens of millions manufactured between 2004 and 2007) were distributed within North Carolina by other Goodyear USA affiliates. These tires were typically custom ordered to equip specialized vehicles (...)* »⁹⁹⁰. La condition selon laquelle un défendeur doit entretenir des liens si étroits (continus et systématiques) qu'il puisse être considéré comme « *at home* » dans l'État du for a ensuite été confirmée dans l'arrêt *Daimler*⁹⁹¹. Cette affaire concernait une action délictuelle initiée par des citoyens argentins contre la société allemande Daimler SA auprès de tribunaux californiens. Les seuls contacts que Daimler entretenait avec la Californie étaient ceux qu'il avait avec Mercedes-Benz USA, une filiale de Daimler, qui distribuait des véhicules Daimler aux États-Unis et ainsi également en Californie. La Cour suprême a dénié la compétence générale des autorités californiennes car ni Daimler ni Mercedes-Benz USA n'avait de siège en Californie et que si « *Daimler's California activities sufficed to allow adjudication of this Argentina-rooted case in California, the same global reach would presumably be available in every other State in which MBUSA's [Mercedes-Benz USA] sales are sizable* »⁹⁹². La Cour a ainsi considéré qu'une telle compétence pourrait être qualifiée d'exorbitante⁹⁹³.

- 596 Si la *Supreme Court* a expressément relevé que la condition du « *at home* » ne signifiait pas qu'un défendeur ne puisse être attiré devant d'autres autorités que celles de son siège, cette nouvelle condition limite de manière significative l'étendue de la compétence générale⁹⁹⁴. En matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet, un seul arrêt, à notre connaissance, a admis la compétence personnelle générale des tribunaux du for. Il s'agit de l'affaire *Gator.com*, lequel a été rendu antérieurement aux arrêts *Goodyear Dunlop* et *Daimler*. Dans cet arrêt, le tribunal a considéré qu'au travers du site Internet que le défendeur administrait, ce dernier avait entretenu des liens continus et

⁹⁹⁰ Arrêt *Goodyear Dunlop*, p. 2852, Pour rappel, dans cette affaire, les parents de deux jeunes garçons ont ouvert action devant les tribunaux de Caroline du Nord contre la société américaine Goodyear – dont le siège était en Ohio – et ses filiales car selon les demandeurs, les pneus de Goodyear étaient à l'origine de l'accident de bus survenu en France qui avait coûté la vie aux jeunes garçons. Voir *supra* Chapitre deuxième, II, B, 2, b), i, a).

⁹⁹¹ Arrêt *Daimler*, p. 761.

⁹⁹² *Ibidem*.

⁹⁹³ *Ibidem*.

⁹⁹⁴ SYMEONIDES SYMEON C, United States of America, p. 38 s.

systématiques avec le for⁹⁹⁵. Cet arrêt n'a toutefois pas servi de précédent en la matière⁹⁹⁶.

- 597 Si l'exigence des liens continus et systématiques est déjà très élevée⁹⁹⁷ et rarement admise lors de litiges hors ligne, à l'image de ce qui a été décidé dans l'affaire *Helicopteros Nacionales De Colombia c. Hall*⁹⁹⁸, admettre la compétence générale des tribunaux sur la base de la simple présence virtuelle du défendeur dans l'État du for peut paraître problématique. Selon STEIN, si l'on admettait que des contacts liés à Internet pourraient justifier les liens continus et systématiques exigés pour ce type de compétence, cela ouvrirait la porte à une pléthore de litiges entrant dans cette catégorie⁹⁹⁹. Dans un arrêt de principe, l'arrêt *ALS Scan*, il a ainsi été admis qu'en l'absence de compétence personnelle spéciale, la compétence personnelle générale pourrait être admise si le défendeur a des liens assez étroits avec le for¹⁰⁰⁰. Le tribunal s'est cependant abstenu de procéder à l'examen de ces liens dans cette affaire. Selon les considérants du tribunal, étant donné que l'intensité des liens avec le for doit être plus élevée que lors de l'examen de la compétence spéciale, le demandeur aurait dû démontrer « *quelque chose de plus* », ce qu'il n'avait en l'occurrence pas fait¹⁰⁰¹. Dans les autres cas, les tribunaux ont décliné leur compétence personnelle générale. Nous allons examiner les raisons qui ont conduit les tribunaux à décliner leur compétence

⁹⁹⁵ Arrêt *Gator.com*, p. 1080 : « (...) contacts with California are sufficient to confer general jurisdiction. L.L. Bean's [le défendeur] website is highly interactive and very extensive L.L. Bean 'clearly does business over the Internet'. Moreover, millions of dollars in sales, driven by an extensive, ongoing, and sophisticated sales effort involving very large numbers of direct email solicitations and millions of catalog sales, qualifies as 'substantial' or 'continuous and systematic' commercial activity ».

⁹⁹⁶ Les parties au litige ayant conclu un accord extrajudiciaire, l'arrêt *Gator.com* « no longer has the force of law », voir *Gator.com*, 398 F.3d, p. 1142.

⁹⁹⁷ Dans l'arrêt *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L*, p. 1086, il a ainsi été relevé que « [t]he standard for establishing general jurisdiction is 'fairly high' ».

⁹⁹⁸ Voir *supra* Chapitre deuxième, II, B, 2, b), (a).

⁹⁹⁹ STEIN ALLAN R., Personal Jurisdiction, p. 436 ss. Dans ce sens également, arrêt *CollegeSource c. AcademyOne*, p. 1075 s., dans lequel le tribunal a conclu que « [i]f the maintenance of an interactive website were sufficient to support general jurisdiction in every forum in which users interacted with the website, 'the eventual demise of all restrictions on the personal jurisdiction of state courts' would be the inevitable result ».

¹⁰⁰⁰ Arrêt *ALS Scan*, p. 715 : « It is true that even in the absence of specific jurisdiction, general jurisdiction may exist when the defendant has sufficient contacts with the forum State. (...) General jurisdiction may be asserted over a defendant 'whose activities in the forum state have been continuous and systematic . . . But the threshold level of minimum contacts sufficient to confer general jurisdiction is significantly higher than for specific jurisdiction.' ».

¹⁰⁰¹ Arrêt *ALS Scan*, p. 715 : « Something more would have to be demonstrated. And we need not decide today what that 'something more' is because *ALS Scan* has shown no more ».

personnelle générale dans la partie suivante, car les tribunaux ont, dans les mêmes arrêts, également examiné et décliné leur compétence personnelle spéciale.

D. *Specific Jurisdiction*

- 598 En principe, la grande majorité des litiges en ligne concernent la compétence personnelle spéciale, car ces litiges ont un lien avec les activités virtuelles du défendeur. Dans les cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet, le demandeur américain plaidera ainsi que le site Internet administré par un défendeur étranger crée un lien substantiel avec les internautes de l'État du for, de manière à fonder la compétence spéciale envers le défendeur¹⁰⁰². Nous allons examiner plusieurs cas dans lesquels les tribunaux américains ont été saisis de litiges relatifs à la violation d'un droit de propriété intellectuelle en ligne. Les tribunaux des différents *Circuits* ont utilisé des mécanismes divers et variés en vue d'examiner leur compétence personnelle. Bien qu'ils diffèrent à certains égards, nous avons classé ces arrêts sous la bannière de deux principes, en fonction des critères utilisés par les tribunaux. Le premier principe a trait à l'interactivité des sites Internet, alors que l'autre prend en considération les effets produits par les sites Internet. Les arrêts de référence dans les deux catégories sont l'arrêt *Zippo*, respectivement l'arrêt *Calder*.

1. Principe de l'interactivité

- 599 Le premier mécanisme mis en place par les tribunaux américains en vue d'établir leur compétence *ratione personae* est celui qui se base sur l'accessibilité ou l'interactivité du site Internet, vecteur du litige. L'arrêt de référence lorsque l'on parle de ce principe est l'affaire *Zippo*. Ce n'est qu'à partir de cet arrêt, rendu en 1997, que le raisonnement du tribunal se concentre de manière approfondie sur la nature du site Internet et notamment sur son interactivité. Cet arrêt n'est toutefois pas le premier arrêt rendu en la matière. Les tribunaux ont posé les premières bases de ce principe dans plusieurs arrêts importants qui ont précédé l'arrêt *Zippo* et qui se focalisaient, en substance, sur le degré d'interactivité du site Internet.

a) Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*

- 600 Un des premiers arrêts qui a traité de la compétence juridictionnelle en lien avec Internet est l'affaire *Inset Systems c. Instruction Set* rendue en 1996 par la *District*

¹⁰⁰² GILMAN JEREMY, *Personal Jurisdiction*, p. 398.

Court for the District of Connecticut. Cette affaire opposait Inset Systems, une société constituée en vertu de la loi du Connecticut et ayant son siège dans ledit État, à Instruction Set, une société dont le siège était au Massachusetts et qui était constituée selon la loi de cet État. Cette dernière société n'avait ni employés, ni succursales dans l'État du Connecticut et n'exerçait pas non plus de forme de commerce traditionnel dans cet État. Elle proposait ses biens et services en utilisant le nom de domaine « Inset.com » et utilisait à des fins commerciales le numéro de téléphone gratuit « 1-800-US-INSET ». Inset Systems, de son côté, était propriétaire de la marque « Inset »¹⁰⁰³.

- 601 La question qui se posait à la *District Court for the District of Connecticut* était de savoir si le litige relatif à l'utilisation du nom de domaine et du numéro de téléphone litigieux relevait de sa compétence¹⁰⁰⁴. Le tribunal a répondu par l'affirmative en estimant qu'en postant sa publicité sur Internet, Instruction Set l'avait rendue visible non seulement dans l'État du Connecticut mais également dans tous les autres États américains. Instruction Set avait ainsi délibérément et de manière continue dirigé sa publicité vers le Connecticut, et devait ainsi envisager l'hypothèse d'être atraite devant les tribunaux de cet État¹⁰⁰⁵.
- 602 Le tribunal du Connecticut a également considéré qu'au vu de la faible distance séparant le Connecticut du Massachusetts ainsi que le fait que le cas concernait également le droit matériel interne, l'affaire remplissait l'exigence de « *minimum contacts* »¹⁰⁰⁶.
- 603 Cet arrêt a été critiqué par la doctrine, notamment en raison du fait que le tribunal n'a pas tenu compte de la nature particulière d'Internet. Selon certains auteurs, considérer que la publicité sur un site Internet est « délibérément dirigée » dans tous les États, ouvre la porte à une compétence universelle¹⁰⁰⁷. En effet, selon cette doctrine, ce raisonnement impliquerait que tous les tribunaux du monde entier pourraient se déclarer compétents du fait qu'un site Internet est accessible depuis leur territoire.

¹⁰⁰³ Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 161 s.

¹⁰⁰⁴ Selon la loi (*long-arm statute*) de l'État du Connecticut, une société ayant son siège dans un autre État pouvait être atraite devant les tribunaux du Connecticut si celle-ci avait sollicité une transaction commerciale dans cet État « *by mail or otherwise* », Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 163, note de bas de page n° 2.

¹⁰⁰⁵ Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 165.

¹⁰⁰⁶ *Idem*, p. 165.

¹⁰⁰⁷ Voir par ex. : GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 22 ; HAWKINS ERIC, Jurisdiction, p. 2383, et les références citées.

604 Le tribunal s'est également contenté de constater qu'Instruction Set n'avait pas d'employés ni de succursales au Connecticut. Il n'a cependant pas analysé ni utilisé ces éléments de manière plus approfondie. Il n'a notamment pas cherché à déterminer si les biens et services, objets de la publicité d'Instruction Set, étaient vendus ou fournis sur le territoire du Connecticut. D'autres informations ou statistiques relatives à la participation et à la consultation du site Internet auraient en effet permis au tribunal d'asseoir son raisonnement et de conclure de manière plus catégorique qu'Instruction Set avait délibérément dirigé sa publicité vers l'État du Connecticut.

b) *Arrêt Maritz c. Cybergold*

605 Cybergold était une société qui possédait un site Internet dont le serveur se trouvait en Californie. Par le biais de son site, elle fournissait des informations sur son futur service de publicité électronique. Les usagers d'Internet qui souhaitaient recevoir de la publicité dans leur domaine d'intérêt pouvaient s'inscrire sur une *mailing list*. Ceux-ci recevaient ainsi personnellement et par voie électronique les publicités qui correspondaient à leurs souhaits et étaient également tenus au courant de la mise en œuvre de ce service. Cybergold espérait être rétribuée en faisant payer les publicitaires pour avoir accès à sa *mailing list*¹⁰⁰⁸.

606 Maritz Inc., une société basée au Missouri, a saisi la *District Court for the Eastern District of Missouri* d'une action en contrefaçon de sa marque sur Internet contre Cybergold¹⁰⁰⁹.

607 Le tribunal a relevé qu'Internet était un nouveau moyen d'échange d'informations qui ne permettait aucune analogie avec l'utilisation de courriers postaux ou de téléphones pour déterminer si le défendeur remplissait la condition du *purposeful availment*, soit pour déterminer s'il avait délibérément agi dans l'État du for. Le simple fait de poster des informations sur un site Internet suffisait en effet à rendre sa publicité visible par tous les utilisateurs d'Internet. Malgré la qualification de « site passif », dont se prévalait Cybergold, le tribunal a considéré que cette société avait créé son site Internet en vue de faire adhérer le plus d'utilisateurs possibles et ce, sans considération géographique¹⁰¹⁰. Par le biais de son site

¹⁰⁰⁸ Arrêt *Maritz c. Cybergold*, p. 1329.

¹⁰⁰⁹ Selon la loi (*long-arm statute*) de l'État du Missouri, toute personne physique ou morale pouvait être attrait devant les tribunaux de l'État du Missouri, notamment si la commission d'un délit avait eu lieu sur le territoire de cet État : Arrêt *Maritz c. Cybergold*, p. 1331 s.

¹⁰¹⁰ Arrêt *Maritz c. Cybergold*, p. 1334.

Internet, Cybergold avait d'ailleurs transmis des informations dans l'État du Missouri plus de 131 fois¹⁰¹¹.

- 608 D'une manière assez abrupte, le tribunal a ainsi conclu à sa compétence, relevant au passage que la notion de « *fair play and substantial justice* » ne s'y opposait en tout cas pas¹⁰¹².
- 609 Bien que l'arrêt confirme que les critères de rattachement juridictionnel relatifs à Internet diffèrent de ceux valant hors ligne, il ne présente pas d'alternative et se borne à considérer que Cybergold était consciente que la publicité mise sur son site allait être diffusée partout dans le monde, d'une part, et que Cybergold avait tout mis en œuvre pour s'adresser à tous les internautes, d'autre part¹⁰¹³. Le tribunal a considéré que ces éléments étaient suffisants pour fonder la compétence des tribunaux de l'État du for.

c) *Arrêt Bensusan c. King*

- 610 Il a fallu attendre 1997 pour que les tribunaux américains s'affranchissent du modèle issu de l'affaire *Inset Systems c. Instruction Set*. L'affaire *Bensusan c. King* marque ainsi un tournant dans la façon dont les tribunaux traitent de leur compétence dans des affaires en relation avec des délits commis sur Internet.
- 611 Bensusan était une société new-yorkaise qui détenait, entre autres, un club de jazz à New York portant le nom de « The Blue Note ». Elle était également titulaire de la marque « The Blue Note ». Richard King gérant une petite boîte de nuit dans le Missouri portant également le nom de « The Blue Note ». M. King promouvait sa boîte de nuit sur son site Internet, dont le serveur se trouvait dans le Missouri, en postant des informations générales, un calendrier des événements à venir ainsi que des informations sur la billetterie. Sur la première page de son site Internet se trouvait la mention que sa boîte de nuit ne devait pas être confondue avec un des meilleurs clubs de jazz du monde, The Blue Note, situé à New York. Un lien hyperlink permettait ensuite d'accéder directement au site Internet de Bensusan. Après objection de Bensusan, M. King retira le lien hyperlink et, par le biais d'une mention additionnelle sur sa première page Internet, invita les personnes qui se trouveraient à New York à aller visiter ledit club¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ *Idem*, p. 1333.

¹⁰¹² *Idem*, p. 1336.

¹⁰¹³ *Idem*, p. 1333.

¹⁰¹⁴ Arrêt *Bensusan c. King*, p. 297 s.

- 612 Bensusan a attiré M. King devant les juridictions de New York, notamment pour violation du droit des marques. Le tribunal a en premier lieu examiné si l'affaire respectait les conditions de la loi interne (*long-arm statute*) de l'État de New York¹⁰¹⁵. Il a conclu que le site Internet de M. King ne contrevenait pas au droit des marques dans l'État de New York. Le tribunal a en effet, et contrairement aux jugements précédents, analysé les caractéristiques du site Internet litigieux. Il a ainsi constaté le caractère passif du site en relevant que l'utilisateur devait passer par de nombreuses étapes pour accéder au site et utiliser les informations y figurant ; pour obtenir des billets, l'utilisateur devait composer un numéro de téléphone du Missouri et venir chercher directement les billets dans l'État du Missouri, aucun envoi en ligne ou par poste n'étant possible¹⁰¹⁶.
- 613 Le tribunal a considéré que le simple fait qu'une personne puisse accéder à des informations concernant un produit prétendument contrefait ne signifiait pas que l'on était en présence de publicité, de promotion ou de vente ciblée du produit dans l'État de New York. Dans le cas d'espèce, il n'y avait aucune preuve qu'une contrefaçon avait été acheminée sur le territoire new-yorkais, ou qu'une activité contrevenant au droit de propriété intellectuelle ait été dirigée ou ait eu des répercussions à New York¹⁰¹⁷. Le site n'avait ainsi aucun impact économique dans l'État en question.
- 614 Le tribunal new-yorkais s'est ainsi déclaré incompétent en raison du fait que l'exercice du pouvoir juridictionnel ne respectait pas les conditions prévues par le *long-arm statute* de l'État de New York¹⁰¹⁸. Le tribunal a en outre relevé que même si les conditions juridictionnelles new-yorkaises étaient remplies, le défendeur n'entretenait de toute manière pas les *minimum contacts* exigés par la clause constitutionnelle du *due process*. Selon le tribunal, le défendeur n'avait en effet pas délibérément établi de liens étroits avec l'État du for (« *purposefully established 'minimum contacts' with the forum* »¹⁰¹⁹). Il a ainsi conclu que la cause ne présentait pas les liens nécessaires à l'exercice de la compétence

¹⁰¹⁵ Selon la loi de l'État de New York, l'art. 302 let. a N.Y.C.P.L.R dispose qu'une personne non-domiciliée dans l'État de New York peut être attirée devant les autorités dudit État si elle a commis un délit sur le territoire de cet État (ch. 2), ou si elle a commis un délit en dehors de cet État mais dont les effets se réalisent sur le territoire de l'État si cette personne (i) menait ou sollicitait des affaires dans l'État ou (ii) pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ses actes aient des conséquences dans l'État et perçoive un revenu du commerce interétatique ou international (ch. 3).

¹⁰¹⁶ Arrêt *Bensusan c. King*, p. 299.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*.

¹⁰¹⁸ Arrêt *Bensusan c. King*, p. 299 s.

¹⁰¹⁹ *Idem*, p. 300.

personnelle à l'égard du défendeur¹⁰²⁰. Le jugement a par la suite été confirmé par la *Court of Appeals for the Second Circuit*¹⁰²¹.

- 615 L'affaire *Bensusan c. King* marque un premier pas en direction d'une meilleure compréhension des règles de conflit de juridictions applicables aux litiges concernant les délits commis sur Internet. Le tribunal s'est en effet distancé de la jurisprudence établie dans l'affaire *Inset Systems c. Instruction Set* pour adopter une approche plus détaillée, bien que perfectible, de la réalité virtuelle en prenant en considération les caractéristiques d'un site Internet.

d) Arrêt *Zippo*

- 616 En 1997, l'affaire *Zippo* marque un nouveau tournant dans la compréhension des activités menées sur Internet. En effet, dans cette affaire, la *District Court for the Western District of Pennsylvania* s'est inspirée de l'affaire *Bensusan c. King*, tout en étudiant de manière plus approfondie la nature d'Internet.
- 617 Cette affaire opposait le fabricant des célèbres briquets « Zippo », la société Zippo Manufacturing dont le siège était en Pennsylvanie, à la société Dot Com, société californienne qui avait fait enregistrer les noms de domaine « zippo.com », « zippo.net » et « zipponews.com ». Cette dernière administrait également un site Internet proposant des discussions de groupe. Les utilisateurs avaient le choix entre un abonnement « original », qui était gratuit, et un abonnement « super », qui donnait accès à plus de groupes de discussions mais qui était payant. Les personnes désireuses de souscrire à un abonnement « super » devaient s'inscrire en ligne en remplissant un formulaire ou par téléphone et devaient s'acquitter d'un montant prélevé sur une carte de crédit. Lorsque Zippo Manufacturing a saisi la *District Court for the Western District of Pennsylvania* d'une action en contrefaçon contre Dot Com, cette dernière a soulevé l'exception d'incompétence des juridictions saisies¹⁰²².
- 618 Lors de l'examen de la compétence personnelle de la défenderesse, la *District Court for the Western District of Pennsylvania* ne s'est pas référée aux décisions précédentes en la matière qui appliquaient une approche traditionnelle. Elle a au contraire revu la façon de considérer les cyberdélits en mettant sur pied une nouvelle approche appelée « *sliding scale* »¹⁰²³. Elle a relevé ainsi que « [o]ur

¹⁰²⁰ *Idem*, p. 300 s.

¹⁰²¹ Arrêt *Bensusan c. King*, 2d Cir., p. 25 ss.

¹⁰²² Arrêt *Zippo*, p. 1121.

¹⁰²³ *Idem*, p. 1124.

review of the available cases and materials reveals that the likelihood that personal jurisdiction can be constitutionally exercised is directly proportionate to the nature and quality of commercial activity that an entity conducts over the Internet »¹⁰²⁴. C'est ainsi une approche basée sur la nature et la qualité de l'activité commerciale menée sur Internet qui a servi de base à la détermination de la compétence personnelle spéciale du tribunal saisi.

- 619 Pour apprécier la nature et la qualité de cette activité commerciale, le tribunal a ainsi établi une déclinaison (« *sliding scale* ») des divers types de sites Internet : « *At one end of the spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet. If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmission of computer files over the Internet, personal jurisdiction is proper. (...). At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an Internet Web site which is accessible to users in foreign jurisdictions. A passive Web site that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise personal jurisdiction. (...). The middle ground is occupied by interactive Web sites where a user can exchange information with the host computer. In these cases, the exercise of jurisdiction is determined by examining the level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the Web site.* »¹⁰²⁵.
- 620 Ce passage, devenu célèbre par la suite, sera souvent appliqué par les tribunaux lors de l'examen de la question de la compétence personnelle¹⁰²⁶. Le tribunal a classé les sites Internet en trois catégories qui se déclinent sur le spectre de l'interactivité¹⁰²⁷. La première catégorie, qui se trouve à une extrémité du spectre, concerne les sites actifs qui se caractérisent par un échange de fichiers avec des personnes domiciliées dans d'autres pays, les sites dits commerciaux¹⁰²⁸. La deuxième, qui se trouve à l'autre extrémité, concerne les sites passifs, tels que l'on se les représente, soit un affichage en ligne purement informatif qui ne requiert

¹⁰²⁴ *Ibidem*.

¹⁰²⁵ *Ibidem*.

¹⁰²⁶ Dans l'arrêt *Toys « R » Us*, p. 452, le tribunal a déclaré que l'arrêt *Zippo* : « *has become a seminal authority regarding personal jurisdiction based upon the operation of an Internet web site* ». Voir en outre notamment, l'arrêt *ALS Scan* ; l'arrêt *Cybersell* ; l'arrêt *George S. May Int'l Co. c. Xcentric Ventures* ; l'arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d ; l'arrêt *Linehan c. Nugget* ; l'arrêt *McBee c. Delica Co.* ; l'arrêt *Molnlycke Health Care* ; l'arrêt *Millennium Enters* ; l'arrêt *Panavision Int'l c. Toeppen* ; l'arrêt *Tate & Lyle Sucralose c. Hebei Sukeri Sci. & Tech.*

¹⁰²⁷ Pour une illustration de cette théorie, voir WANG FAYE FANGFEI, *Internet Jurisdiction*, p. 69 s.

¹⁰²⁸ L'arrêt *CompuServe*, p. 1263 ss, avait en effet introduit la notion de « *doing business* » sur Internet.

aucune interactivité. La troisième catégorie, qui se situe à mi-chemin entre les deux extrémités, comprend les sites « interactifs » qui se caractérisent par un potentiel échange d'informations entre l'utilisateur et le site Internet.

- 621 Le tribunal a ensuite utilisé cette matrice comme base pour déterminer la compétence personnelle. Les sites actifs, par lesquels une activité commerciale est menée, peuvent ainsi fonder la compétence personnelle, contrairement aux sites passifs qui ne représentent pas une base suffisante pour fonder cette compétence. La compétence personnelle pour les sites interactifs, quant à eux, dépend du niveau d'interactivité.
- 622 Dans le cas qui lui a été soumis, le tribunal a retenu que la défenderesse avait créé un site interactif par lequel elle faisait affaire avec les habitants de Pennsylvanie. Le site Internet était suivi par près de 3'000 utilisateurs d'Internet habitant en Pennsylvanie et la défenderesse comptait sept fournisseurs d'accès à Internet dans l'État du for dont le but était de faciliter le téléchargement de données depuis ce même territoire¹⁰²⁹. La défenderesse s'était rendue visible en Pennsylvanie par la transmission de données et de messages vers cet État et y avait ainsi porté atteinte au droit des marques de la demanderesse. Selon le tribunal, les liens avec l'État de Pennsylvanie n'avaient rien de « fortuits » au sens de l'arrêt *World Wide Volkswagen Corp.*¹⁰³⁰. Elle a ainsi affirmé que « *Dot Com repeatedly and consciously chose to process Pennsylvania residents' applications and to assign them passwords. Dot Com knew that the result of these contracts would be the transmission of electronic messages into Pennsylvania. The transmission of these files was entirely within its control. Dot Com cannot maintain that these contracts are 'fortuitous' or 'coincidental' within the meaning of World Wide Volkswagen. When a defendant makes a conscious choice to conduct business with the residents of a forum state, 'it has clear notice that it is subject to suit there'.* »¹⁰³¹.
- 623 Au vu de l'activité commerciale répétée sur le territoire de Pennsylvanie, et ainsi des contacts répétés avec le for, le tribunal a conclu qu'il était compétent pour trancher le litige en question¹⁰³².
- 624 Cet arrêt est incontournable lorsqu'il s'agit d'examiner la compétence personnelle des tribunaux américains. Il a néanmoins essuyé de vives critiques au sein de la doctrine¹⁰³³.

¹⁰²⁹ Arrêt *Zippo*, p. 1126 s.

¹⁰³⁰ Arrêt *World Wide Volkswagen Corp.*, p. 295.

¹⁰³¹ Arrêt *Zippo*, p. 1126 faisant référence à l'arrêt *World Wide Volkswagen Corp.*, p. 297.

¹⁰³² Arrêt *Zippo*, p. 1127 s.

¹⁰³³ Voir *infra* Chapitre troisième, I, D, 1, j).

625 Ce qui sera par la suite appelé le « *Zippo test* » aura ainsi marqué l'évolution jurisprudentielle américaine. Les tribunaux s'en serviront comme base et l'adapteront à leurs besoins, tout en gardant toujours en ligne de mire la nécessité d'un lien particulier avec le for¹⁰³⁴. Ainsi certains tribunaux exigeront « *something more* »¹⁰³⁵ ou alors que le site Internet cible une juridiction en particulier¹⁰³⁶.

e) *Arrêt Cybersell*

626 Pratiquement au même moment que l'affaire *Zippo*, un autre arrêt important a été rendu. L'arrêt *Cybersell* s'est calqué sur le modèle *Zippo* tout en ajoutant qu'il fallait « *quelque chose de plus* » que de la simple publicité en ligne pour que la compétence des tribunaux de l'État du for puisse se justifier.

627 Cette affaire concernait Cybersell Inc., une société basée en Arizona où la marque « Cybersell » était enregistrée et une société du même nom en Floride. Cette dernière était active dans le conseil pour entreprises dans le domaine du marketing et du management en ligne. Elle avait ainsi créé un site Internet sur lequel apparaissait le logo de la société, ainsi qu'un numéro de téléphone. Il était en outre écrit que la société invitait toute société intéressée à être présente sur la toile à prendre contact avec elle. La société d'Arizona a ouvert action en contrefaçon devant les tribunaux locaux contre la société de Floride.

628 La *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, qui a dû se prononcer sur la compétence *ratione personae* de la défenderesse, s'est référée à la notion de site interactif telle que retenue dans l'arrêt *Zippo* pour examiner le niveau d'interactivité du site de la défenderesse. Elle a ainsi mentionné que « *so far as we are aware, no court has ever held that an Internet advertisement alone is sufficient to subject the advertiser to jurisdiction in the plaintiff's home state (...). Rather, in each, there has been 'something more' to indicate that the defendant purposefully (albeit electronically) directed his activity in a substantial way to the forum state* »¹⁰³⁷. La condition du « *quelque chose de plus* » n'était pas remplie dans le cas présent. La *Court of Appeals* a en effet retenu que la défenderesse, la société de Floride,

¹⁰³⁴ SPENCER BENJAMIN A., *Jurisdiction and the Internet*, p. 80 ss, et les références citées.

¹⁰³⁵ Arrêt *Cybersell*, p. 418. Dans l'arrêt *Desktop Techs. c. Colorworks*, p. 14, le tribunal a précisé à ce sujet que « *there must be 'something more' than simply registering someone else's trademark as a domain name and posting a web site on the Internet to demonstrate that the defendant directed its activity towards the forum state* ». Voir également l'arrêt *Panavision Int'l c. Toeppen*, p. 1322.

¹⁰³⁶ Arrêt *Molnlycke Health Care*, p. 452 ss.

¹⁰³⁷ Arrêt *Cybersell*, p. 418.

n'avait pas mené d'activités commerciales par le biais d'Internet en Arizona. Selon les considérants de l'arrêt, la défenderesse administrait un site essentiellement passif et n'avait pas encouragé les habitants d'Arizona à accéder à son site. Cette dernière n'avait conclu aucun contrat, ni réalisé de vente, et n'avait pas reçu de téléphones ni d'argent en provenance d'Arizona¹⁰³⁸.

- 629 En conséquence, la *Court of Appeals* a conclu que les liens entre la défenderesse et le for, soit l'exploitation d'un site Internet passif, n'étaient pas suffisants pour fonder la compétence des juridictions d'Arizona¹⁰³⁹.

f) *Arrêt Molnlycke Health*

- 630 Molnlycke Health était une société dont le siège était en Suède et qui possédait une filiale en Pennsylvanie. Celle-ci a saisi les tribunaux de Pennsylvanie d'une action en contrefaçon contre la société Dumex Medical Surgical Products Limited, dont le siège se trouvait au Canada. Elle reprochait en effet à la défenderesse de porter atteinte à son brevet en faisant de la publicité, en distribuant et en vendant des produits similaires aux États-Unis par le biais de sites Internet.
- 631 La *District Court for the Eastern District of Pennsylvania* a dû se prononcer sur l'exception d'incompétence relative à la compétence personnelle générale soulevée par la défenderesse.
- 632 Le tribunal a ainsi commencé par rappeler que la compétence personnelle générale est fondée lorsque le défendeur a entretenu des liens « *continuous and substantial* »¹⁰⁴⁰ avec le for. Elle a ensuite appliqué le *Zippo test* au cas d'espèce pour déterminer le degré d'interactivité du site Internet de la défenderesse. Selon le tribunal, bien que ledit site Internet puisse être qualifié d'interactif, le simple fait qu'il propose des produits à la vente ne suffit pas pour fonder la compétence personnelle générale. Il a justifié son raisonnement par le fait que « *the possibility of ordering products from a website establishes general jurisdiction would effectively hold that any corporation with such a website is subject to general jurisdiction in every state. The court is not willing to take such a step.* »¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ *Idem*, p. 419.

¹⁰³⁹ *Idem*, p. 419 s.

¹⁰⁴⁰ Au sens de l'arrêt *Int'l Shoe Co. c. Wash.*, p. 317.

¹⁰⁴¹ Arrêt *Molnlycke Health Care*, p. 451.

- 633 Selon le tribunal, le *Third Circuit* a toujours requis un haut niveau d'interactivité afin de fonder la compétence générale¹⁰⁴². Il en a conclu que « (...) *while the websites are available in every state, they are not necessarily targeted towards every state. Plaintiff has made no showing that defendant's websites targeted Pennsylvania.* »¹⁰⁴³.
- 634 Selon la *District Court*, la compétence générale n'était ainsi pas fondée aux motifs que les résidents de Pennsylvanie n'étaient pas ciblés et que les sites Internet du défendeur n'étaient pas les éléments centraux de son activité commerciale. Ce dernier motif repose sur l'idée que des ventes réalisées en Pennsylvanie (même en faible quantité) pourraient fonder la compétence générale des autorités du for, pour autant que l'activité commerciale réalisée sur Internet soit essentielle au défendeur¹⁰⁴⁴. Or, tel n'était pas le cas en l'occurrence.
- 635 La *District Court* a finalement relevé que « [t]he *Third Circuit* has stated that *leave to conduct jurisdictional discovery should be freely granted* »¹⁰⁴⁵.

g) Arrêt *ALS Scan*

- 636 Dans l'arrêt *ALS Scan* datant également de 2002, le tribunal saisi a utilisé le *Zippo test* pour déterminer la compétence personnelle du défendeur tout en l'adaptant quelque peu.
- 637 Ce cas concernait une société basée au Maryland, *ALS Scan*, qui créait et commercialisait des photos destinées à la distribution sur Internet. Celle-ci a ouvert action dans l'État du Maryland pour violation de son droit d'auteur contre plusieurs défendeurs (domiciliés ou ayant leur siège hors de cet État) qu'elle rendait responsables de la circulation sur Internet de copies de ses photos.
- 638 Chargée d'examiner sa compétence personnelle, la *Court of Appeals for the Fourth Circuit* a commencé par rappeler que si le simple fait de mettre des informations en ligne fondait la compétence des juridictions de tous les États depuis lesquels le site Internet était accessible, alors la détermination de la composante personnelle de la compétence juridictionnelle n'aurait plus de sens¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² *Ibidem*.

¹⁰⁴³ Arrêt *Molnlycke Health Care*, p. 452.

¹⁰⁴⁴ *Idem*, p. 452 s.

¹⁰⁴⁵ *Idem*, p. 454.

¹⁰⁴⁶ Arrêt *ALS Scan*, p. 712 : « *If we were to conclude as a general principle that a person's act of placing information on the Internet subjects that person to personal jurisdiction in each State in which the information is accessed, then the defense of personal jurisdiction, in the sense that a*

- 639 La *Court of Appeals* a ensuite adopté et adapté le *Zippo test*¹⁰⁴⁷ en décrétant qu'une personne pouvait être atraite devant les tribunaux d'un autre État si celle-ci : « (1) directs electronic activity into the State, (2) with the manifested intent of engaging in business or other interactions within the State, and (3) that activity creates, in a person within the State, a potential cause of action cognizable in the State's courts »¹⁰⁴⁸. La Cour a ainsi requis une activité dirigée vers l'État du for ainsi qu'une intention de mener des activités commerciales dans l'État du for.
- 640 Finalement, le tribunal a conclu que les activités des défendeurs menées sur Internet pouvaient être considérées comme passives et échappaient ainsi au pouvoir juridictionnel de l'État du Maryland, car aucune photo n'avait été intentionnellement ni spécifiquement envoyée au Maryland avec l'intention d'y faire du commerce. Les liens des défendeurs avec le for n'étaient ainsi pas suffisants pour justifier la compétence des tribunaux du Maryland¹⁰⁴⁹.

h) Arrêt *Toys « R » Us*

- 641 Dans un autre arrêt, *Toys « R » Us*, une société ayant son siège principal à New Jersey et active dans la vente de jouets et autres produits, avait acquis la société « Imaginarium Toy Center Inc. » et avait fait enregistrer la marque « Imaginarium ». Parallèlement, Step Two, une société espagnole, était propriétaire de la marque « Imaginarium » en Espagne et dans neuf autres pays. Cette dernière n'exploitait cependant aucun magasin aux États-Unis. Elle n'avait ni bureaux ni compte bancaire sur ce territoire et n'employait aucun travailleur américain. Les deux sociétés ont ensuite décidé de se mettre sur Internet. La première a enregistré le nom de domaine « *imaginarius.com* », et la seconde a développé ses activités sous le nom de domaine protégé « *imaginarius.es* » puis « *imaginariusworld.com* », « *imaginarius-world.com* », « *imaginariusnet.com* », « *imaginariusnet.net* » et « *imaginariusnet.org* »¹⁰⁵⁰.
- 642 *Toys « R » Us* a ouvert action en contrefaçon contre Step Two devant la *District Court of New Jersey*¹⁰⁵¹. A l'époque de l'introduction de l'action, quatre des sites Internet étaient interactifs et permettaient l'achat de jouets en ligne. Les acheteurs

State has geographically limited judicial power, would no longer exist. The person placing information on the Internet would be subject to personal jurisdiction in every State. ».

¹⁰⁴⁷ Arrêt *ALS Scan*, p. 714 : « adopting and adapting the *Zippo model* ».

¹⁰⁴⁸ *Idem*, p. 715.

¹⁰⁴⁹ *Idem*, p. 714 s.

¹⁰⁵⁰ Arrêt *Toys « R » Us*, p. 448 s.

¹⁰⁵¹ Arrêt *Toys « R » Us*, D.N.J.. Décision de la *District Court* explicitée dans l'arrêt *Toys « R » Us*, p. 448 ss.

devaient alors donner une adresse email, un numéro de carte de crédit, une adresse de livraison et un numéro de téléphone. Les sites Internet disposaient d'un numéro de contact espagnol sans préfixe international. Les prix étaient en pesetas espagnoles et en euros et les livraisons n'étaient possibles qu'à l'intérieur du pays. Deux des sites Internet étaient en langue espagnole. Les clients pouvaient en outre rejoindre le « club imaginarium » pour recevoir des promotions et une newsletter électronique. A cette fin, les clients devaient fournir un nom et une adresse email. Ils devaient en outre indiquer leur adresse ainsi que leur province d'origine, parmi une liste exhaustive de provinces espagnoles, ce qui excluait ainsi toute adresse étrangère. Malgré ces mesures de sécurité, Toys « R » Us est parvenue à prouver que deux produits avaient été commandés sur deux sites différents et livrés dans le New Jersey.

643 La *District Court of New Jersey* s'est déclarée incompétente pour traiter du litige. Toys « R » Us a alors recouru sur cette question de la compétence auprès de la *Court of Appeals for the Third Circuit*.

644 Dans son arrêt datant de 2003, la *Court of Appeals for the Third Circuit* a rappelé les principes généraux applicables pour déterminer la compétence personnelle spéciale des tribunaux du for. Selon elle, la condition des liens étroits avec le for est remplie si le défendeur, administrateur d'un site Internet, a intentionnellement ciblé l'État du for ou a réalisé une activité commerciale avec les résidents de cet État¹⁰⁵². Après avoir passé en revue les arrêts rendus dans son propre *Circuit*, puis ceux rendus dans les autres *Circuits*¹⁰⁵³, la *Court of Appeals* s'est penchée sur un arrêt rendu par un tribunal illinois qui avait examiné les contacts hors ligne que le défendeur entretenait avec le for, soit avec l'État de l'Illinois¹⁰⁵⁴. La *Court of Appeals* a rappelé que de tels contacts, intervenant hors ligne, tels que des séjours professionnels dans l'État du for, des téléphones ou communications par fax en direction de cet État, des contrats de vente ou des encarts publicitaires sur le territoire de l'État du for pouvaient être inclus dans la notion de « *something more* » nécessaire pour fonder la compétence personnelle¹⁰⁵⁵. Dans le cas

¹⁰⁵² « *If a defendant web site operator intentionally targets the site to the forum state, and/or knowingly conducts business with forum state residents via the site, then the 'purposeful availment' requirement is satisfied* » : arrêt Toys « R » Us, p. 452.

¹⁰⁵³ Voir, entre autres, les arrêts *ALS Scan* et *Cybersell*, *supra* Chapitre troisième, I, D, 1, e) et g).

¹⁰⁵⁴ Arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, développé *infra* Chapitre troisième, I, D, 2, b) ; cet arrêt concerne un fournisseur irlandais dont le site Internet – interactif – n'avait pas permis la livraison de marchandises en Illinois. Le tribunal avait alors examiné les contacts hors ligne pour déterminer la compétence des tribunaux illinois.

¹⁰⁵⁵ Arrêt Toys « R » Us, p. 453 s.

d'espèce, elle a néanmoins conclu que le demandeur avait failli à en apporter la preuve.

- 645 Selon les considérants de la Cour, Toys « R » Us, n'a pas apporté la preuve que, bien qu'étant le propriétaire de sites interactifs, Step Two avait ciblé les clients du New Jersey. Les raisons avancées étaient les suivantes : les sites en question étaient entièrement en espagnol, les prix étaient en pesetas ou en euros, et les livraisons de marchandises étaient limitées au territoire espagnol et les sites ne permettaient pas la saisie d'adresses étrangères à l'Espagne. Les seuls liens avec le New Jersey étaient matérialisés par les deux envois de marchandises qui avaient été orchestrés par Toys « R » Us. Aux yeux du tribunal, ces deux ventes ne permettaient pas à elles seules d'affirmer que Step Two s'était sciemment rendue accessible dans le New Jersey afin d'y faire du commerce¹⁰⁵⁶. Les ventes en question pouvaient ainsi être qualifiées de liens « fortuits », « aléatoires » et « atténués »¹⁰⁵⁷. Des appels téléphoniques ainsi que l'envoi d'emails et/ou de newsletters ne fondent la compétence personnelle que si ces éléments montrent que le défendeur se prévaut délibérément du privilège de mener des activités dans l'État du for. Or, dans le cas présent, les contacts tant sur Internet que hors ligne ne reflétaient pas cette exigence¹⁰⁵⁸.
- 646 La Cour a certes conclu qu'en l'état, le dossier ne permettait pas de retenir la compétence personnelle spéciale à l'égard de Step Two, mais elle a cassé la décision de la Cour inférieure déniait à Toys « R » Us le droit de continuer ses investigations et de verser au dossier certaines preuves concernant les liens qu'entretenait le fondateur de la société Step Two avec l'État de New Jersey. Elle a ainsi renvoyé l'affaire à l'autorité inférieure pour nouveau jugement au sens de ses considérants.

i) *Arrêt McBee c. Delica Co.*

- 647 Dans l'affaire *McBee c. Delica Co.*, la *Court of Appeals for the First Circuit* ne s'est pas totalement calquée sur les arrêts précédents, mais elle a confirmé l'obligation d'un effet substantiel sur le territoire américain comme fondement de la compétence juridictionnelle.

¹⁰⁵⁶ *Idem*, p. 454.

¹⁰⁵⁷ « (...) 'fortuitous', 'random', and 'attenuated' », arrêt *Toys « R » Us*, citant l'arrêt *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, p. 475.

¹⁰⁵⁸ Arrêt *Toys « R » Us*, p. 455.

- 648 Cette affaire concernait un célèbre musicien du nom de Cecil McBee qui, après avoir constaté qu'une société japonaise avait donné son nom à une ligne de vêtements pour adolescentes et en faisait la publicité sur son site Internet au Japon, a ouvert une action en contrefaçon devant les juridictions américaines de l'État du Maine. La société japonaise avait cependant valablement fait enregistrer sa marque japonaise « Cecil McBee ». Le site Internet qu'elle détenait n'était accessible qu'en japonais et aucune marchandise n'avait été délivrée aux États-Unis, exception faite de celles que le demandeur, par l'intermédiaire de contacts, y avait fait parvenir. La juridiction de première instance (*the United States District Court for the District of Maine*) s'est déclarée incompétente à raison de la matière pour traiter du litige. Le tribunal du *First Circuit* a cassé le jugement de première instance, considérant que les conditions de la compétence à raison de la matière étaient remplies. En 2005, la *Court of Appeals for the First Circuit* a plus précisément conclu que la District Court était bien compétente à raison de la matière pour trancher des litiges relatifs aux ventes de produits « Cecil McBee » sur le territoire américain mais qu'une fin de non-recevoir devait être néanmoins retenue pour défaut de compétence personnelle¹⁰⁵⁹.
- 649 Les premières conclusions du demandeur portaient sur l'interdiction des ventes de Delica Co. sur le territoire américain. La Cour s'est ainsi penchée sur la compétence matérielle de la *District Court* sur cet aspect. Selon elle, le « *substantial effect test* », consistant à déterminer si le cas a eu des répercussions sur le territoire américain, n'était pas nécessaire, étant donné que les ventes de produits aux États-Unis¹⁰⁶⁰ relevaient du commerce domestique et n'avaient pas de caractère extraterritorial¹⁰⁶¹. Puisqu'il s'agissait, par conséquent, de ventes internes aux États-Unis, la Cour a retenu la compétence à raison de la matière de la première instance¹⁰⁶².
- 650 Le demandeur avait également conclu au blocage de l'accès au site Internet. Sur ce point, la Cour a retenu le caractère extraterritorial de l'injonction et ainsi la nécessité de recourir au « *substantial effect test* ». Or, M. McBee n'a pas apporté la preuve que le site Internet entraînait des effets sur le territoire américain¹⁰⁶³. Il s'est en effet plutôt plaint du tort que le site incriminé entraînait pour sa carrière

¹⁰⁵⁹ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 123 ss.

¹⁰⁶⁰ Pour rappel, les commandes de produits à destination des États-Unis, effectuées sur le site Internet japonais, avaient été passées par des intermédiaires américains du demandeur.

¹⁰⁶¹ Le titre 15 USC § 6a (1) FTAIA, déterminant la compétence à raison de la matière des juridictions américaines, lorsqu'un litige concerne des restrictions au commerce étranger, exempté en effet les importations de marchandise du test basé sur les effets.

¹⁰⁶² Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 123.

¹⁰⁶³ La Cour a par conséquent finalement retenu un manque de compétence *ratione materiae*.

de musicien ainsi que de la confusion sur son implication avec la société japonaise que ledit site créait dans l'esprit des utilisateurs américains. Sur ce dernier argument, la Cour a ainsi retenu que le simple fait d'administrer un site Internet en langue étrangère dans un pays étranger, conjugué à la nature ubiquitaire d'Internet, ne comportait que peu d'intérêt juridictionnel pour les autorités américaines. Selon ses considérants, la simple accessibilité sur le territoire d'un État d'un site Internet qui ne donne que des informations sur la société et sur ses produits n'est pas suffisante pour attirer un défendeur étranger devant les tribunaux de cet État¹⁰⁶⁴. C'est ainsi un défaut de compétence personnelle que la Cour a retenu. Selon elle, la simple existence d'un site Internet ne démontre pas que le défendeur dirige son activité commerciale vers les territoires des pays depuis lesquels le site Internet est visible¹⁰⁶⁵. Elle a ajouté que retenir le contraire reviendrait à vider de sa substance les limites données aux juridictions d'un État de se saisir d'affaires relatives à des défendeurs étrangers.

- 651 La Cour a cependant retenu que dans la présente affaire, le site Internet était passif. Elle s'est en effet distancée des conclusions de l'affaire *Vanity Fair*¹⁰⁶⁶ dans la mesure où, premièrement, la publicité était étroitement liée aux commandes par email, deuxièmement, ladite affaire concernait de la publicité faite par l'envoi direct d'email, et troisièmement le site Internet n'était pas en langue étrangère¹⁰⁶⁷.
- 652 Dans l'affaire *McBee c. Delica Co.*, la Cour s'est ainsi référée à l'arrêt *Zippo* sans pour autant appliquer le *Zippo test* dans sa forme originelle. Lorsque la Cour relève que la simple accessibilité d'un site Internet qui ne fait qu'afficher des informations ne suffit pas pour fonder la compétence des autorités locales¹⁰⁶⁸, elle suit le principe du quelque chose de plus (« *something more* ») dégagé dans les arrêts susmentionnés.

¹⁰⁶⁴ « *The mere existence of a website that is visible in a forum and that gives information about a company and its products is not enough, by itself, to subject a defendant to personal jurisdiction in that forum* » : arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 124.

¹⁰⁶⁵ « *The mere existence of a website does not show that a defendant is directing its business activities towards every forum where the website is visible* » : arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 124.

¹⁰⁶⁶ Voir *supra* Chapitre deuxième, II, A.

¹⁰⁶⁷ Arrêt *McBee c. Delica Co.*, p. 124.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*.

j) *Conclusions intermédiaires*

- 653 Le *Zippo test* a ainsi été appliqué à de nombreuses reprises par les tribunaux américains. En effet, cette solution est arrivée à un moment où l'incertitude liée à Internet et aux questions de compétence qui en découlaient était élevée¹⁰⁶⁹.
- 654 Toutefois, bien qu'au premier abord la solution proposée par l'arrêt *Zippo* en matière de juridiction sur Internet paraît bien conçue, des voix se sont élevées à son encontre. De manière générale, la doctrine a été assez critique, à l'image de STEIN qui a relevé que ledit test « *represents an egregious failure of legal imagination* »¹⁰⁷⁰.
- 655 Selon d'autres auteurs, la théorie des sites actifs et passifs ne pourrait pas s'appliquer à toutes les situations. En effet, certains sites qualifiés de passifs peuvent entraîner des dommages selon les informations qui y sont inscrites et peuvent également utiliser des cookies à l'insu des internautes pour atteindre les résidents d'un territoire¹⁰⁷¹. GEIST a relevé que « *le critère Zippo n'est pas seulement problématique parce qu'il débouche sur des résultats variables et souvent indésirables. En effet, le critère encourage aussi un comportement pervers qui est contraire aux orientations stratégiques relatives à Internet et au commerce électronique* »¹⁰⁷². Selon lui, ce critère pousse les entreprises à créer des sites passifs alors que la politique actuelle entend promouvoir, au contraire, l'interactivité dans le commerce électronique¹⁰⁷³. STEIN va dans le même sens en mentionnant que le *Zippo test* a créé « *some bizarre incentives* », en encourageant les propriétaires de sites Internet à limiter l'utilisation de leurs pages Internet¹⁰⁷⁴.
- 656 Quant aux sites actifs, la simple éventualité que des ventes puissent être réalisées par le biais d'un site Internet ne veut pas dire que de telles ventes se sont effectivement réalisées¹⁰⁷⁵. De plus, selon STEIN, l'interactivité d'un site Internet n'a pas d'incidence sur la compétence *ratione personae* d'un tribunal. Selon lui, le fait qu'une vente soit faite automatiquement sur un site Internet ou par le biais de l'opérateur lui-même, hors ligne, ne change pas la nature des liens que

¹⁰⁶⁹ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 30.

¹⁰⁷⁰ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 431.

¹⁰⁷¹ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 38-40.

¹⁰⁷² *Idem*, p. 38.

¹⁰⁷³ *Idem*, p. 39.

¹⁰⁷⁴ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 431.

¹⁰⁷⁵ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 38, rappelant au surplus que « (...) *le critère Zippo ne distingue pas les ventes réelles et les ventes potentielles mais prévoit plutôt que l'existence même d'un site actif suffit à fonder la compétence du tribunal saisi* ». Dans le même sens, voir l'arrêt *Linehan c. Nugget*, p. 16, dans lequel la *District Court of Illinois* a relevé que le caractère actif d'un site Internet ne suffit pas, en tant que tel, à fonder la compétence personnelle.

l'opérateur du site Internet entretient avec le for¹⁰⁷⁶. Selon lui, le *Zippo test* a atteint le comble de l'absurdité dans un arrêt de la *District Court of South Carolina*¹⁰⁷⁷ dans lequel il a été décrété que le site Internet n'était pas suffisamment interactif pour fonder la compétence des autorités locales, malgré le fait que les clients pouvaient commander des marchandises et des échantillons gratuits, pour la simple raison que ceux-ci devaient d'abord appeler un numéro gratuit afin de créer un compte en ligne et que dès lors, l'interactivité était limitée à la clientèle ayant déjà créé un compte¹⁰⁷⁸. Ainsi, si l'on s'en tient à cette jurisprudence, les propriétaires de site Internet pourraient se soustraire à la compétence des juridictions américaines en finalisant simplement les ventes par téléphone, comportement qui nuirait à l'essor du commerce en ligne¹⁰⁷⁹.

- 657 Pour d'autres auteurs, le critère de l'interactivité ne permet pas de résoudre les cas relevant de la catégorie du milieu du spectre¹⁰⁸⁰, car la notion « d'interactivité » n'est pas définie. Ce critère ne résout par conséquent pas le problème de la détermination des contacts minimaux exigés pour un site Internet interactif¹⁰⁸¹.
- 658 Au vu de l'évolution d'Internet, la notion de site passif, interactif et actif est évolutive et est pour cette raison considérée comme désuète par certains auteurs¹⁰⁸². De plus, alors que le *Zippo test* a été initialement conçu pour déterminer la compétence personnelle spéciale, certains tribunaux l'ont toutefois appliqué pour fonder la compétence personnelle générale¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁶ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 431.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, se référant à l'arrêt *ESAB Group c. Centricut*.

¹⁰⁷⁸ Arrêt *ESAB Group c. Centricut*, p. 323-331.

¹⁰⁷⁹ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 431. L'auteur a relevé à ce sujet que certains tribunaux se sont écartés de ces conclusions, en citant notamment l'arrêt *Toys « R » Us*.

¹⁰⁸⁰ SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 839. Pour rappel, dans l'affaire *Zippo*, le tribunal avait classé les sites Internet en trois catégories : les sites passifs, les sites interactifs et les sites actifs (voir *infra* Chapitre troisième, I, D, 1, d).

¹⁰⁸¹ BOONE BRIAN D., *Personal Jurisdiction*, p. 257 ; WANG FAYE FANGFEI, *Internet Jurisdiction*, p. 70, et les références citées.

¹⁰⁸² Dans ce sens, BOONE BRIAN D., *Personal Jurisdiction*, p. 259, et GEIST MICHAEL, *Y a-t-il un « Là » là ?*, p. 39.

¹⁰⁸³ Voir par ex. l'arrêt *Desktop Techs. c. Colorworks*, p. 7 s. ; l'arrêt *Mink c. AAAA Development*, p. 336 (le tribunal a néanmoins dénié la compétence personnelle générale) et l'arrêt *Molnlycke Health Care*, p. 451.

2. Principe de l'« effect test »

a) Arrêt *Calder*

- 659 En parallèle à l'arrêt *Zippo*, un autre arrêt rendu en 1984 a établi une méthode basée sur les effets (*effects test*) afin de déterminer les liens que la cause entretient avec le for.
- 660 L'arrêt *Calder* concerne les délits intentionnels, en l'occurrence une diffamation. La jurisprudence l'a toutefois appliqué par analogie aux cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle en ligne¹⁰⁸⁴.
- 661 En substance, une habitante californienne a ouvert action en diffamation devant les juridictions californiennes contre les auteurs d'un article qu'elle considérait comme diffamatoire. L'article avait été écrit et édité en Floride par des auteurs domiciliés en Floride et publié dans un journal national, dont la principale diffusion était en Californie.
- 662 La *Supreme Court* a ainsi décrété que la Californie était tant l'endroit visé par l'article que l'endroit où la demanderesse a encouru le dommage. Le comportement intentionnel des défendeurs visait délibérément (« *expressly aimed* »)¹⁰⁸⁵ la Californie¹⁰⁸⁶. Ils savaient en effet que l'article en question allait porter atteinte à la personnalité de la demanderesse en Californie (où étaient situés ses lieux de vie et de travail), de sorte que le dommage n'y était pas fortuit. Les défendeurs pouvaient donc raisonnablement s'attendre à être attirés devant les tribunaux californiens¹⁰⁸⁷.
- 663 Au vu des effets que les actes des défendeurs, effectués en Floride, avaient engendré en Californie, la Cour a conclu que les tribunaux californiens étaient compétents¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ Voir par ex. l'arrêt *Panavision Int'l c. Toeppen*, p. 621, dans lequel le tribunal a mentionné au sujet de l'arrêt *Calder* que « *the present case is akin to a tort case* », ainsi que l'arrêt *Ziegler c. Indian River County*, p. 474, qui a relevé qu'un cas de diffamation « *is more akin to a tort claim than a contract claim* » et qui a utilisé les principes applicables aux délits pour déterminer la compétence des autorités locales. Dans l'arrêt *Emissive Energy c. Spa-Simrad*, p. 46, le tribunal, qui a appliqué l'*effect test* à un cas de contrefaçon commise en ligne, a indiqué que « *numerous district courts have employed Calder in ordinary infringement actions* ».

¹⁰⁸⁵ Arrêt *Calder*, p. 789.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁷ Arrêt *Calder*, p. 789 s. : « *reasonably anticipate being haled into court there* », au sens de l'arrêt *World-Wide Volkswagen Corp.*, p. 297.

¹⁰⁸⁸ Arrêt *Calder*, p. 789 : « *In sum, California is the focal point both of the story and of the harm suffered. Jurisdiction over petitioners is therefore proper in California based on the 'effects' of their Florida conduct in California* ».

664 La théorie des effets a été appliquée par certains tribunaux durant la période où l'arrêt *Zippo* a été rendu¹⁰⁸⁹ et continue, de manière plus ou moins convaincante, à être appliquée par les tribunaux américains des différents *Circuits*. Elle a l'avantage de se concentrer sur les effets concrets qu'un site Internet peut entraîner dans l'État du for, plutôt que de se limiter aux caractéristiques du site en question¹⁰⁹⁰. Les tribunaux américains ont néanmoins eu de la peine à appliquer cette théorie aux sociétés, car celles-ci ne souffrent pas des atteintes à un endroit particulier comme c'est le cas pour un individu¹⁰⁹¹.

b) *Arrêt Euromarket*

665 En 2000, la *District Court for the Northern District of Illinois* a dû examiner tant la compétence matérielle que la compétence personnelle des tribunaux du for, dans l'arrêt *Euromarket*.

666 *Crate and Barrel*, une société dont le siège principal se trouvait en Illinois utilisait sa marque du même nom pour la vente de meubles d'intérieur. Ladite société a ouvert action en contrefaçon devant les tribunaux de l'Illinois contre la société *Crate and Barrel* dont le siège était en Irlande. La demanderesse accusait en effet la défenderesse, dont la marque était enregistrée dans de nombreux pays – dont l'Irlande et l'Angleterre – de porter atteinte à sa marque par le biais de son site Internet.

667 La *District Court* s'est ainsi penchée sur la compétence *ratione personae* spéciale des juridictions de l'Illinois. A cette fin, la Cour a commencé par examiner l'*effect test* dégagé par l'arrêt *Calder*. Elle est arrivée à la conclusion que selon ce test, la compétence personnelle spéciale était donnée. Selon la Cour, la société irlandaise a dirigé des activités vers l'État de l'Illinois. Elle avait de surcroît enregistré la marque de la société de l'Illinois comme nom de domaine tout en sachant que son site Internet allait porter atteinte à la demanderesse. En effet, le site Internet permettait non seulement l'envoi de biens aux États-Unis, mais était spécialement formaté à cette fin. Les contacts hors ligne permettaient également de conclure que l'Illinois était ciblé dans la mesure où la société irlandaise avait des vendeurs et des fournisseurs dans l'État en question, lesquels étaient également, pour certains, des fournisseurs de la société de l'Illinois. La défenderesse organisait, en outre, des foires en Illinois pour promouvoir son commerce aussi bien en Illinois

¹⁰⁸⁹ Voir par ex. arrêt *Janmark c. Reidy* ; arrêt *Novelty c. RCB Distrib.* ; et arrêt *Purdue Research Found. c. Sanofi-Synthelabo*.

¹⁰⁹⁰ BOONE BRIAN D., *Personal Jurisdiction*, p. 260.

¹⁰⁹¹ Arrêt *Cybersell*, p. 420.

qu'aux États-Unis de manière générale. Les actes de la société irlandaise entraînaient ainsi des dommages dont les effets étaient ressentis au siège de la demanderesse, soit en Illinois¹⁰⁹².

- 668 Le tribunal a ensuite utilisé le *Zippo test*. Selon lui, le cas d'espèce tombait clairement dans la catégorie des sites actifs, laquelle s'applique aux situations dans lesquelles « *a defendant clearly does business over the Internet. If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmission of computer files over the Internet, personal jurisdiction is proper* »¹⁰⁹³, et ceci pour les raisons énumérées ci dessus¹⁰⁹⁴. Ainsi, selon ce test également, la compétence personnelle spéciale de la *District Court of Illinois* était établie.
- 669 Cet arrêt est intéressant, outre ses conclusions relatives à la compétence internationale, pour son développement en matière de conflit de lois. Comme il en sera fait mention plus tard dans cette étude, la société de l'Illinois avait également ouvert action en Irlande pour les mêmes faits¹⁰⁹⁵. Dans la mesure où le droit des États-Unis ne connaît pas la règle de la litispendance, c'est sous l'angle de la souveraineté que la *District Court for the Northern District of Illinois* a examiné la situation. Un examen particulièrement succinct (à tout le moins dans ses considérants) l'a finalement amenée à conclure que la souveraineté de la République d'Irlande n'était pas menacée, car les tribunaux irlandais n'appliqueraient pas le droit américain¹⁰⁹⁶. Si cette conclusion peut surprendre par sa brièveté, c'est également pour son manque de considération pour les règles de conflit de lois irlandaises qu'elle pêche. La Cour ne semble pas s'être soumise à l'exercice de la recherche du droit applicable selon le droit international privé irlandais, partant de la prémisse que les tribunaux de chaque État appliqueront leur droit matériel (le droit du for). De sorte que sa conclusion paraît, à de nombreux égards, peu convaincante.

c) Arrêt *Carefirst of Maryland*

- 670 La *Court of Appeals for the Fourth Circuit* a rendu en 2003 un arrêt dans lequel elle a appliqué l'*effect test* développé dans l'arrêt *Calder*. L'affaire opposait la compagnie d'assurances *Carefirst of Maryland*, basée au Maryland et propriétaire

¹⁰⁹² Arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, p. 834-837.

¹⁰⁹³ Arrêt *Zippo*, p. 1124.

¹⁰⁹⁴ Arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, p. 837 s.

¹⁰⁹⁵ Voir *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, a), iii.

¹⁰⁹⁶ Arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, p. 840.

de la marque « *Carefirst* » à la société Carefirst Pregnancy Centers, dont le siège était à Chicago en Illinois. Carefirst of Maryland a saisi les tribunaux du Maryland d'une action en contrefaçon de sa marque, en invoquant le fait que Carefirst Pregnancy Centers exploitait un site Internet comportant le terme « *Carefirst* ». L'instance inférieure ayant considéré qu'elle n'était pas compétente *ratione personae*, la *Court of Appeals for the Fourth Circuit* a, sur recours de la demanderesse, procédé à l'examen des *minimum contacts* nécessaires pour justifier la compétence personnelle spéciale des autorités du Maryland.

- 671 Après avoir considéré que la compétence juridictionnelle était conforme au *long-arm statute* du Maryland, la Cour d'appel a examiné si les conditions du *due process* étaient remplies. Elle a ainsi procédé à l'examen des *minimum contacts* entre le défendeur et le for¹⁰⁹⁷. La Cour s'est basée sur l'arrêt *ALS Scan* pour affirmer que la compétence personnelle spéciale devait être examinée à la lumière de plusieurs conditions : « (1) *the extent to which the defendant has purposefully availed itself of the privilege of conducting activities in the state* ; (2) *whether the plaintiffs' claims arise out of those activities directed at the state* ; and (3) *whether the exercise of personal jurisdiction would be constitutionally 'reasonable'* »¹⁰⁹⁸.
- 672 Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour d'appel a considéré, en premier lieu, que le site Internet en question devait être qualifié de semi-interactif au sens de l'arrêt *Zippo*. Elle a ensuite relevé que la défenderesse n'avait pas ciblé les habitants du Maryland par le biais de son site Internet. Bien que la demanderesse ait en effet subi une atteinte à sa marque au Maryland, « *although the place that the plaintiff feels the alleged injury is plainly relevant to the [jurisdictional] inquiry, it must ultimately be accompanied by the defendant's own [sufficient minimum] contacts with the state* »¹⁰⁹⁹. En administrant un site Internet semi-interactif, la défenderesse n'a toutefois pas dirigé ses activités électroniques vers l'État du for dans l'intention d'y faire du *business* ou d'entretenir d'autres interactions avec cet État au sens de l'arrêt *Calder*¹¹⁰⁰.
- 673 La Cour d'appel a finalement conclu qu'en l'absence de contacts minimaux avec le for, les tribunaux du Maryland ne pouvaient pas être considérés comme compétents.

¹⁰⁹⁷ Arrêt *Carefirst of Maryland*, p. 397.

¹⁰⁹⁸ Arrêt *Carefirst of Maryland*, p. 397.

¹⁰⁹⁹ *Idem*, p. 401.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*.

d) Arrêt *Richter c. Instar*

- 674 L'arrêt *Richter c. Instar*, datant de 2009, concernait une artiste qui reprochait à une compagnie du New Jersey de reproduire, de distribuer et d'afficher ses œuvres sur son site Internet. La demanderesse ayant saisi les tribunaux de l'Illinois, la défenderesse a soulevé l'exception d'incompétence *ratione personae*. Selon la défenderesse, elle ne conduisait pas d'activités commerciales et n'avait pas de représentant en Illinois, le nombre de ventes en direction de l'Illinois était dérisoire et son site Internet, bien qu'interactif, ne représentait pas un élément suffisant pour justifier la compétence des tribunaux de l'Illinois.
- 675 La *District Court of Illinois* a ainsi, dans un premier temps, analysé les critères fondant la compétence personnelle générale¹¹⁰¹. Selon elle, les tribunaux doivent examiner les critères suivants pour asseoir leur compétence : « (1) *whether defendants maintain offices or employees in Illinois* ; (2) *whether defendants send agents into Illinois to conduct business* ; (3) *whether defendants have designated an agent for service of process in Illinois* ; (4) *whether defendants advertise or solicit business in Illinois* ; and (5) *the extent to which defendants conduct business in Illinois* »¹¹⁰².
- 676 La Cour a premièrement relevé que les ventes peuvent être un indice relatif à l'activité commerciale. Toutefois, le simple fait de réaliser des ventes sur le territoire d'un État ne justifie pas nécessairement la compétence générale des tribunaux de cet État¹¹⁰³. En l'occurrence, les ventes en Illinois représentaient 1/10^{ème} d'un pour cent des ventes totales de la défenderesse. Celles-ci étaient ainsi trop peu nombreuses en Illinois pour justifier une compétence générale¹¹⁰⁴.
- 677 La Cour a deuxièmement conclu que l'interactivité du site Internet administré par la défenderesse ne remettait pas en cause cette conclusion. En effet, elle a rappelé que les principes issus de l'affaire *Zippo* permettaient une analyse relative à la compétence spéciale, et non pas générale. La Cour a ainsi rappelé que de nombreux tribunaux ont rejeté l'idée qu'un petit contingent de ventes réalisées dans l'État du for suffirait pour fonder la compétence générale¹¹⁰⁵.

¹¹⁰¹ Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1006, rappelant que, dans le cas de la compétence générale, les liens avec le for doivent être « *intentional, continuous, and substantial rather than inadvertent, trivial, or sporadic* ».

¹¹⁰² Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1006.

¹¹⁰³ *Idem*, p. 1007.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹¹⁰⁵ Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1007 s.

- 678 Troisièmement, la Cour a relevé que le fait d'injecter des produits dans le marché local (« *stream of commerce* »), en espérant qu'ils soient achetés dans l'État du for, pouvait fonder la compétence personnelle des tribunaux du for¹¹⁰⁶. Elle s'est toutefois référée à un arrêt précédent¹¹⁰⁷ disposant que ce critère s'appliquait lorsqu'il s'agissait de déterminer la compétence spéciale, et non pas générale¹¹⁰⁸.
- 679 La Cour a finalement conclu que la compétence générale n'était pas fondée en l'espèce. Elle a dès lors examiné si le cas pouvait tomber dans le champ d'application de la compétence spéciale.
- 680 La Cour a commencé par appliquer l'*effect test* pour examiner le dommage subi en Illinois par la défenderesse. Elle s'est cependant écartée des décisions rendues dans le même *Circuit* en arguant que, contrairement aux précédentes affaires, la défenderesse ignorait que ses actes portaient atteinte au droit d'auteur de la demanderesse. La Cour a en effet rappelé que la *Supreme Court*, dans l'arrêt *Calder*, avait différencié la négligence de l'acte intentionnel¹¹⁰⁹. Selon la Cour, pour que la défenderesse puisse être considérée comme se prévalant délibérément du privilège de mener des activités dans l'État du for, il serait nécessaire qu'elle l'ait fait de manière intentionnelle. Ses actes auraient ainsi dû être faits dans le but d'entraîner le dommage escompté dans l'État du for¹¹¹⁰. La Cour a ainsi abondé dans le sens de la décision de la *District Court* de l'État d'Indiana, qui avait requis, dans son arrêt *Novelty c. RCB Distrib.*¹¹¹¹, que les activités soient intentionnelles et délibérés afin de fonder la compétence personnelle des tribunaux du for¹¹¹². La défenderesse ayant prouvé qu'elle ignorait le fait qu'elle commettait une atteinte

¹¹⁰⁶ « Pursuant to the stream of commerce theory, a 'forum State does not exceed its powers under the Due Process Clause if it asserts personal jurisdiction over a corporation that delivers its products into the stream of commerce with the expectation that they will be purchased by consumers in the forum State' » : arrêt *Richter c. Instar*, p. 1009, citant l'arrêt *World-Wide Volkswagen Corp.*, p. 297 s.

¹¹⁰⁷ Arrêt *Purdue Research Found. c. Sanofi-Synthelabo*, p. 788.

¹¹⁰⁸ Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1009.

¹¹⁰⁹ « As noted by the Supreme Court in *Calder*, when it comes to the effects test mere untargeted negligence differs from intentional conduct. » : arrêt *Richter c. Instar*, p. 1011, et les références citées.

¹¹¹⁰ « The defendants expressly aimed their actions to cause harm in the forum state, thereby purposefully availing themselves of the privilege of conducting activities in the forum state. » : arrêt *Richter c. Instar*, p. 1011.

¹¹¹¹ Dans cet arrêt, la demanderesse avait demandé « to extend the effects test by relaxing the earlier cases' requirement of intentional harm in the forum state ». La Cour n'a pas accédé à cette requête et a déclaré que « [t]hat extension would be a dramatic expansion of personal jurisdiction, which the Supreme Court has insisted must be based upon a defendant's intentional and purposeful activities » : arrêt *Novelty c. RCB Distrib.*, p. 12.

¹¹¹² Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1012.

au droit d'auteur de la demanderesse dans l'État du for, la Cour en a conclu que, malgré le dommage encouru par la demanderesse en Illinois, l'*effect test* ne pouvait fonder la compétence spéciale des tribunaux du for¹¹¹³.

- 681 La Cour a ensuite examiné l'affaire sous l'angle du *Zippo test*. Elle a considéré que le site Internet exploité par la défenderesse était entièrement interactif vu que les clients avaient la possibilité de passer commande en ligne. Elle a néanmoins relevé qu'aucune vente n'avait été réalisée par le biais du site Internet pour des clients en Illinois, qu'il n'existait au surplus aucune preuve qu'un client de cet État ait consulté le site Internet et qu'aucun autre contact n'était à relever avec l'Illinois. La Cour a formulé la question qui se posait alors à elle, à savoir « *whether a defendant who displays plaintiff's artwork and offers to sell that artwork on an interactive webpage accessible in Illinois, but sells nothing in Illinois through the website, is subject to personal jurisdiction here* »¹¹¹⁴.
- 682 Finalement, les seuls liens que l'affaire entretenait avec l'Illinois tenaient en un seul élément, à savoir la consultation du site Internet par le mari de la demanderesse. La Cour a alors rappelé qu'un acte unilatéral de la partie adverse ne suffit pas à fonder la compétence des autorités¹¹¹⁵. Elle a ajouté que si la compétence personnelle pouvait être fondée sur le simple fait qu'un demandeur a consulté la page du site Internet offrant ses propres œuvres, celui-ci pourrait créer la compétence personnelle des autorités de n'importe quel État pour connaître d'un litige contre le défendeur. Ceci remettrait en cause la nature de la compétence personnelle¹¹¹⁶.
- 683 La Cour en a conclu que les tribunaux de l'Illinois n'étaient pas compétents *ratione personae* pour trancher le litige¹¹¹⁷.

e) *Conclusions intermédiaires*

- 684 Bien qu'originellement conçu pour traiter de cas de diffamation, l'arrêt *Calder* et son *effect test* a régulièrement été appliqué par les Cours américaines afin de déterminer la compétence personnelle dans les cas de délits intentionnels commis

¹¹¹³ *Idem*, p. 1012.

¹¹¹⁴ Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1013.

¹¹¹⁵ *Idem*, p. 1014, citant l'arrêt *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, p. 475.

¹¹¹⁶ Traduction libre de l'arrêt *Richter c. Instar*, p. 1014 : « *If personal jurisdiction over defendant could be established simply by plaintiff accessing the page of the website that offers to sell plaintiff's artwork, plaintiff could establish personal jurisdiction over defendant in any state, and this would defeat the nature of personal jurisdiction altogether* ».

¹¹¹⁷ Arrêt *Richter c. Instar*, p. 1018.

sur Internet, et souvent de manière conjointe avec le *Zippo test*. Ce test a néanmoins ses points faibles ainsi que l'ont mis en évidence les arrêts mentionnés. La *Court of Appeals for the Ninth Circuit* a ainsi relevé que les décisions suivantes « *have struggled somewhat with Calder's import, recognizing that the case cannot stand for the broad proposition that a foreign act with foreseeable effects in the forum state always gives rise to specific jurisdiction* »¹¹¹⁸. La *Court of Appeals for the Ninth Circuit* a en outre refusé d'appliquer l'*effect test* développé dans l'arrêt *Calder* au motif que le test n'a pas le même impact sur une société que sur une personne physique, car une société ne subit pas l'atteinte en un endroit particulier de la même manière qu'une personne physique¹¹¹⁹.

- 685 Malgré l'insécurité que l'arrêt *Calder* engendre, la plupart des tribunaux semblent toutefois s'être mis d'accord sur un point : l'*effect test* suppose que deux conditions soient remplies. Premièrement, les actes intentionnels de la personne incriminée doivent viser spécifiquement l'État du for (notion de « *express aiming* ») et, deuxièmement, cette personne doit avoir eu conscience que ses actes allaient entraîner un dommage dans l'État du for¹¹²⁰.
- 686 Mais que faut-il entendre par « *express aiming* » ? La doctrine relève que cette condition d'« *express aiming* » est exprimée de manière trop vague et pose des problèmes d'interprétation notamment au niveau du degré d'intention requis¹¹²¹.

¹¹¹⁸ Arrêt *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L*, p. 1087.

¹¹¹⁹ « *Nor does the 'effects' test apply with the same force to Cybersell AZ as it would to an individual, because a corporation 'does not suffer harm in a particular geographic location in the same sense that an individual does'* », arrêt *Cybersell*, p. 421.

¹¹²⁰ Voir arrêt *IMO Indus. c. Kiekert*, p. 265, dans lequel la Cour a mentionné qu'elle « *agree with the conclusion reached by the First, Fourth, Fifth, Eighth, Ninth, and Tenth Circuits that jurisdiction under Calder requires more than a finding that the harm caused by the defendant's intentional tort is primarily felt within the forum. Moreover, we agree with the Far West, Southmark, and Esab Group decisions that the Calder 'effects test' can only be satisfied if the plaintiff can point to contacts which demonstrate that the defendant expressly aimed its tortious conduct at the forum, and thereby made the forum the focal point of the tortious activity. Simply asserting that the defendant knew that the plaintiff's principal place of business was located in the forum would be insufficient in itself to meet this requirement.* ». Contra : *Janmark c. Reidy*, p. 1202. Dans cet arrêt, la Cour a au contraire relevé que « *[t]here is no tort without injury (...) and the state in which the injury (and therefore the tort) occurs may require the wrongdoer to answer for its deeds even if events were put in train outside its borders* ». Elle a ainsi fondé la compétence des tribunaux de l'Illinois sur le simple fait que le dommage s'était matérialisé en Illinois.

¹¹²¹ FLOYD DOUGLAS C./BARADARAN-ROBISON SHIMA, *Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction*, p. 612. Dans l'arrêt *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L*, p. 1087, la Cour a ainsi relevé que « *[e]xpress aiming is a concept that in the jurisdictional context hardly defines itself* ».

- 687 En effet, la *Supreme Court*, dans l'arrêt *Calder*, a insisté sur le fait que la défenderesse devait *savoir* que ses actes entraîneraient un dommage subi par le défendeur¹¹²². Certaines cours ont toutefois conclu que le simple fait que la personne incriminée savait que son comportement pouvait entraîner un dommage dans l'État du for suffit pour fonder la compétence personnelle¹¹²³. D'autres, au contraire, ont conclu que les activités devaient être intentionnelles et délibérées pour pouvoir fonder la compétence personnelle des tribunaux du for, la simple négligence ne suffisant pas¹¹²⁴.
- 688 S'il est imaginable que le propriétaire d'un site Internet ait connaissance de ses cibles potentielles, il est néanmoins plus difficile de prouver qu'il les a spécifiquement visées. En effet, de la même manière qu'Internet facilite les contacts entre personnes physiques, il complique la qualification de la relation tangible que le propriétaire du site Internet entretient avec les résidents étrangers. C'est pour cette raison que certains tribunaux ont eu recours au critère des contacts hors ligne que le défendeur a entretenu avec l'État du for¹¹²⁵.
- 689 Pour STEIN, au contraire, l'État sur le territoire duquel un dommage a été subi a un intérêt légitime à traiter du litige, soit la protection de ses citoyens. C'est pour cette raison qu'à son sens, l'auteur d'un délit doit, quoi qu'il en soit, pouvoir raisonnablement anticiper d'être attiré devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel le dommage a été subi¹¹²⁶.
- 690 Une autre opinion critique l'application des principes dégagés dans l'affaire *Calder* qui a été faite par les différents tribunaux. En effet, selon SPENCER, le fait

¹¹²² Arrêt *Calder*, p. 789 s.

¹¹²³ Voir par ex. l'arrêt *Pavlovich c. The Superior Court*, p. 278, dans lequel le tribunal relève que « *A defendant's knowledge that his tortious conduct may harm industries centered in California is undoubtedly relevant to any determination of personal jurisdiction and may support a finding of jurisdiction* ». Il a néanmoins précisé par la suite que cette condition seule ne suffit pas pour remplir la condition de l'« *express aiming* ». Voir dans ce sens également, l'opinion dissidente de la Juge Haynes de la *Court of Appeals for the Fifth Circuit* qui relève que le simple fait que le défendeur sache que le demandeur était domicilié dans l'État du for et que, dès lors, le site Internet incriminé puisse y être lu par le défendeur et ainsi causer un dommage dans ce même État était suffisant pour créer la compétence des autorités locales, arrêt *Clemens c. McNamee*, p. 386.

¹¹²⁴ Voir par ex. l'arrêt *Richter c. Instar*, p. 1012. Voir également l'arrêt *Clemens c. McNamee*, p. 376-380, dans lequel le tribunal a relevé que l'État du for devait être le point focal du dommage, soit que l'objet du délit posté sur Internet doit avoir délibérément visé l'État du for.

¹¹²⁵ Voir l'opinion dissidente de la Juge Haynes de la *Court of Appeals for the Fifth Circuit* dans l'arrêt *Clemens c. McNamee*, p. 386. Elle s'est ainsi distancée des conditions de l'« *express aiming* » pour constater que les trajets en train du défendeur à destination de l'État du for étaient à eux seuls suffisants pour fonder la compétence personnelle des tribunaux.

¹¹²⁶ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 421 s.

de déterminer si un site Internet cible les internautes d'un certain État ne devrait pas être relevant. Selon lui, les tribunaux ne devraient pas se focaliser sur les résidents de l'État dans lequel se trouve la victime de l'atteinte. Au contraire, ce qui devrait guider l'analyse des tribunaux, c'est la détermination de la personne visée par l'atteinte, pour ensuite déterminer si elle réside dans l'État du for. Selon lui, c'est ce dernier élément, soit le fait que la victime de l'atteinte habite dans l'État du for, qui implique que cet État soit ciblé et que les tribunaux locaux aient un intérêt à se saisir de l'affaire. « *Those who intentionally violate copyrights or defame others are not targeting the State of X or the People of the State of X ; rather, they are targeting their victims* »¹¹²⁷. Les tribunaux qui requièrent, en sus de la résidence de la victime dans l'État du for, que le défendeur entretienne des *minimum contacts* vont à l'encontre des principes généraux de l'affaire *Calder*. Cette exigence supplémentaire (de liens étroits) expliquerait ainsi la tendance des tribunaux à examiner si le défendeur a entretenu d'autres contacts avec l'État du for, au lieu de se concentrer sur les activités délictuelles supposées du défendeur. C'est à tout le moins ce que reproche SPENCER à la jurisprudence établie dans les affaires *ALS Scan* et *Carefirst of Maryland*¹¹²⁸.

E. Propositions doctrinales

1. Théorie de GEIST

- 691 GEIST a proposé l'approche suivante, basée sur un ciblage : « À la lumière de l'expérience 'Zippo', le nouveau critère devrait demeurer neutre sur le plan technologique afin de : a) demeurer pertinent malgré l'évolution constante des technologies reliées au Web ; b) créer des incitatifs qui, à tout le moins, ne décourageront pas l'interactivité en ligne ; et, c) procurer suffisamment de certitudes pour permettre d'évaluer efficacement à l'avance le risque juridique lié aux activités Internet. »¹¹²⁹.
- 692 Le critère du ciblage « chercherait à cerner les intentions des parties et à évaluer les mesures prises soit pour entrer dans une juridiction particulière, soit pour l'éviter »¹¹³⁰. GEIST a ainsi basé son approche sur la jurisprudence, sur les politiques en la matière menées au sein des organisations internationales ainsi que sur les critères développés dans certains autres pays¹¹³¹. Selon lui, la difficulté de

¹¹²⁷ SPENCER BENJAMIN A., *Jurisdiction and the Internet*, p. 102.

¹¹²⁸ *Idem*, p. 101 ss.

¹¹²⁹ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 42.

¹¹³⁰ *Ibidem*.

¹¹³¹ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ? p. 42-46.

cette approche réside dans l'élaboration du cadre normatif nécessaire pour déterminer s'il y a eu ciblage. L'exercice consiste ainsi à délimiter un cadre dont les règles doivent, selon GEIST, être « neutres sur le plan technologique »¹¹³² ainsi que « neutres au regard du contenu »¹¹³³, et ceci sans perdre de vue le but général d'une règle de compétence, à savoir la prévisibilité¹¹³⁴. GEIST constate que, dans une optique de prévisibilité, les élections de for constituent la meilleure option ; viennent ensuite les nouvelles technologies permettant la localisation et finalement le facteur de la connaissance réelle et implicite¹¹³⁵.

- 693 Développant son approche relative à la catégorie des nouvelles technologies, GEIST classe ces dernières en trois catégories : « a) identification de l'utilisateur, fondée habituellement sur les renseignements afférents à l'adresse IP ; b) auto-identification, qui se fait souvent au moyen de certificat d'attributs ; et c) identification dans le monde physique »¹¹³⁶. Il liste ainsi certains outils technologiques permettant une géolocalisation et qui, selon les situations, permettent de restreindre ou de bloquer l'accès aux utilisateurs cibles. Selon lui : « La technologie d'auto-identification se situe à mi-chemin entre l'identification d'utilisateurs, qui place le pouvoir d'identification entièrement entre les mains du site Web et l'auto-déclaration, où l'utilisateur déclare son lieu de résidence, mais sans qu'aucune vérification indépendante ou technologique ne soit faite de l'exactitude de la déclaration. »¹¹³⁷. Quant aux critères permettant une identification dans le monde physique, GEIST donne comme exemple les cartes de crédit dont la vérification s'effectue hors réseau¹¹³⁸. Il souligne également

¹¹³² *Idem*, p. 47.

¹¹³³ *Idem* p. 47. Selon cet auteur, les règles ne doivent pas favoriser un certain groupe (tel que les milieux d'affaires par ex.) au détriment d'un autre (les consommateurs par ex.).

¹¹³⁴ *Idem*, p. 45-49.

¹¹³⁵ *Idem*, p. 48. Selon cet auteur, « le troisième facteur, soit la connaissance réelle ou implicite, est un fourre-tout qui englobe les connaissances pertinentes au regard du ciblage qui sont acquises par le biais de la localisation géographique des victimes des délits, de l'exécution de commandes dans le monde physique, des dossiers des intermédiaires financiers et de la circulation sur le Web ».

¹¹³⁶ *Idem*, p. 60.

¹¹³⁷ *Idem*, p. 65. Il a cependant relevé les limites de cette pratique. Elle pourrait en effet obliger les utilisateurs à fournir des certificats d'attributs (soit un type de certificat électronique) avant toute opération si cette pratique venait à s'étendre.

¹¹³⁸ Comme le relève très justement GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 66 : « [b]ien que ce système puisse s'avérer efficace pour les sites qui font activement du commerce électronique et pour ceux dont les risques géographiques sont confinés strictement aux situations où ils effectuent des ventes dans une juridiction particulière, l'utilisation de données associées aux cartes de crédit a une utilité limitée pour ceux qui ne vendent pas activement en ligne ou pour ceux qui se soucient de questions de compétence internationale préalablement à la communication d'un numéro de carte de crédit et d'une adresse ».

l'existence d'identificateurs hors réseau qui se basent sur des numéros d'enregistrement ou de série de processeurs qui permettent la transmission des données des utilisateurs et leur localisation. Ces derniers outils d'identification soulèvent néanmoins d'importants problèmes de protection des données personnelles¹¹³⁹.

- 694 Quant au facteur de la connaissance réelle et implicite, il est axé sur « la connaissance que les parties avaient ou auraient dû avoir du lieu géographique de l'activité en ligne »¹¹⁴⁰. GEIST entend ainsi se focaliser sur la volonté réelle des parties de cibler ou de restreindre l'accès à certains territoires, et non pas sur l'apparence d'une telle volonté. Il vise ainsi les cas où des mesures de localisation sont prises et invoquées devant les tribunaux alors que la partie qui les invoque sait que ces mesures sont contournées et ne servent que de façade¹¹⁴¹. Selon GEIST, la détermination de la connaissance réelle peut s'examiner au regard des critères utilisés dans le monde physique, tels que les cartes de crédit, les adresses de facturation, les livraisons, etc.¹¹⁴².
- 695 GEIST propose ainsi une approche basée sur un ciblage, dont la technologie en est le bouclier. Selon lui, les technologies actuelles peuvent permettre, si elles révèlent une intention réelle de la part de leur utilisateur, d'éviter aux défenseurs d'être attirés devant les juridictions de n'importe quel État. Il appartient ainsi aux divers acteurs d'Internet d'utiliser ou non ces technologies, en fonction de leurs besoins et en toute connaissance des risques et obligations que cela entraîne.

2. Théorie de STEIN

- 696 STEIN a proposé d'effectuer une différenciation basée sur les différentes catégories d'activités menées sur Internet, ainsi que leurs effets extraterritoriaux, qu'il appelle le « *spillover effect* ». Selon lui, il convient de repenser la nature d'Internet en tenant compte de sa composante multifactorielle¹¹⁴³. En effet, les divers moyens d'utilisation (emails personnels, *mailing lists*, applications Web, pages Internet, etc.) n'entraînent pas tous le même niveau de contrôle sur les communications sur Internet.
- 697 STEIN a ainsi classé les différents types de communications sur Internet en fonction du contrôle que l'expéditeur peut avoir sur ses destinataires. Il considère

¹¹³⁹ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 66 s.

¹¹⁴⁰ *Idem*, p. 68.

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 69-71.

¹¹⁴² *Ibidem*.

¹¹⁴³ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 434.

que se trouvent d'un côté du spectre les listes de diffusion (« *mailing lists* »), gérées par des intermédiaires, qui représentent un moyen de diffusion de masse. Ce moyen ne permet ainsi aucun contrôle sur l'étendue de la diffusion¹¹⁴⁴. Ainsi, le seul moyen pour l'expéditeur de contrôler l'étendue de la diffusion de sa communication est de ne pas recourir à ces listes. Selon STEIN, l'autre côté du spectre est occupé par les emails personnels. Ceux-ci permettent de contrôler la communication. Ce type de communication d'une personne à une autre ne diffère ainsi pas d'un appel téléphonique¹¹⁴⁵. Les pages Internet occupent, quant à elles, le milieu du spectre. STEIN les considère comme un moyen de diffusion simultanée (« *broadcasting* ») d'une personne à de nombreuses personnes. Les pages Internet se trouvent au milieu du spectre, car il est possible pour l'auteur d'en limiter l'accès aux personnes autorisées ou à certaines adresses IP. GEIST relève toutefois que même si la technologie permet la limitation à certaines zones géographiques, ce type de contrôle engendre néanmoins des coûts substantiels¹¹⁴⁶.

- 698 Selon STEIN, la technologie n'est pas la panacée en termes de compétence personnelle (« *jurisdictional panacea* »). Il relève cependant que si elle est utilisée, elle peut représenter un outil de contrôle sur le ciblage souhaité et, par voie de conséquence, sur la compétence¹¹⁴⁷. Néanmoins, si les tribunaux peuvent se laisser guider par ces considérations technologiques lorsqu'il s'agit d'une page Internet, il n'en va pas de même pour les listes de diffusion. En effet, dans la mesure où ces listes ne permettent pas ou très difficilement un contrôle sur la localisation des destinataires, la compétence personnelle ne devrait pouvoir être fondée qu'en présence d'un haut degré de retombées (« *spillover consequences* »)¹¹⁴⁸. En d'autres termes, plus il est difficile d'avoir un contrôle sur les destinataires, plus intenses devront être les effets sur le territoire du for pour fonder la compétence personnelle.

3. Théorie de FLOYD DOUGLAS et BARADARAN-ROBISON SHIMA

- 699 Selon FLOYD ET BARADARAN-ROBISON, il n'y aurait aucune raison d'appliquer des tests distincts dans les cas d'atteintes par Internet. En effet, selon ces auteurs, le *Zippo test*, l'*effect test*, ainsi que le *purposeful availment* entraînent tous la même balance des intérêts entre, d'une part, les intérêts du défendeur et ceux du

¹¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹¹⁴⁶ STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 434 s.

¹¹⁴⁷ *Idem*, p. 452.

¹¹⁴⁸ *Idem*, p. 453.

demandeur et, d'autre part, l'intérêt des tribunaux du for à exercer leur compétence personnelle¹¹⁴⁹.

- 700 Selon ces auteurs, il convient de redéfinir certains concepts communs aux tests susmentionnés. Le premier concept à faire l'objet d'une analyse fouillée concerne le degré d'intention ou de conscience dont doit faire preuve le défendeur pour fonder la compétence des tribunaux du for. Dans l'*effect test*, ainsi que dans celui issu de l'arrêt *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, il est en effet nécessaire que les actes du défendeur aient un lien géographique avec l'État du for. Selon ces auteurs, le facteur déterminant pour fonder la compétence personnelle des autorités du for, s'agissant d'un délit commis par un défendeur non domicilié dans cet État, réside dans le fait que celui-ci est conscient que les activités à l'origine de ce délit entraînent ou risquent d'entraîner un dommage dans l'État du for. Il s'agirait ainsi d'une sorte de pré-condition à l'exercice de la compétence¹¹⁵⁰. Il conviendrait ainsi, dans un deuxième temps, de déterminer le degré de conscience exigé. Selon FLOYD ET BARADARAN-ROBISON, la limite entre la simple connaissance et l'intention ne devrait pas être trop marquée. L'examen devrait porter non pas sur la conscience réelle, mais sur le fait que le défendeur aurait dû savoir que ses actes entraîneraient un dommage dans l'État concerné. Finalement, il importe d'examiner si le défendeur pouvait raisonnablement s'attendre à être attrait devant les autorités du for¹¹⁵¹.
- 701 Prenant pour exemples deux décisions, les auteurs relèvent que le fait qu'un site Internet ait un rayonnement local (et ne cible pas particulièrement un autre État) ne signifie pas que les tribunaux d'un autre État que celui dans lequel le site est localisé ne pourront pas être compétents. Les tribunaux situés dans un autre État ne seront compétents que si le défendeur devait être conscient qu'un dommage y serait subi, et ceci sans égard au fait que le dommage soit direct ou non ou que le dommage ait été plus important dans un autre État. Il n'est ainsi pas nécessaire de savoir si le défendeur a bel et bien ciblé l'État du for, le simple fait qu'il ait su que le demandeur pouvait y subir un dommage étant suffisant¹¹⁵².
- 702 La dernière question à résoudre selon ces auteurs réside dans la détermination de ce qu'il est raisonnable d'attendre du défendeur en termes de connaissance du dommage qui pourrait être engendré par ses actes au vu de la nature d'Internet. La réponse dépend des circonstances du cas d'espèce. Il ne serait en effet pas

¹¹⁴⁹ FLOYD DOUGLAS C./BARADARAN-ROBISON SHIMA, *Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction*, p. 628.

¹¹⁵⁰ *Idem*, p. 637.

¹¹⁵¹ *Idem*, p. 638-642.

¹¹⁵² *Idem*, p. 650-653.

déraisonnable d'attendre du défendeur qu'il se soumette à des recherches afin de déterminer quel est l'impact géographique de ses activités cybernétiques. Ces auteurs relèvent cependant que l'étendue de ce devoir « *would vary depending on such factors as the allegedly tortious character of the posting, the volume, continuity and duration of the activities in question, their commercial or noncommercial nature, and the evolution and availability of technology providing a cost-effective means of obtaining the relevant information* »¹¹⁵³. Toutefois, si le défendeur a connaissance de l'accès et de la consultation de son site Internet par les internautes d'un certain État ou s'il fait affaire avec ceux-ci par l'intermédiaire de son site, alors il sera *de facto* considéré comme devant savoir que ses actes risquent d'entraîner un dommage dans cet État et, par conséquent, qu'il risque d'être attiré en justice devant les tribunaux de cet État¹¹⁵⁴.

F. Conclusion

- 703 Il découle de la jurisprudence relative à l'interprétation du *due process*, que les *minimum contacts* représentent une notion variable, dont les contours sont laissés à l'appréciation des tribunaux, qui possèdent en la matière un très large pouvoir d'appréciation. En conséquence, la jurisprudence ne délimite pas clairement les *minimum contacts* attendus entre le défendeur et l'État du for pour fonder la compétence. La matière reste régie par une analyse au cas par cas des circonstances du cas d'espèce.
- 704 « *Although the courts have recognized that the standards used to determine the proper exercise of personal jurisdiction may evolve as technological progress occurs, it nonetheless has remained clear that technology cannot eviscerate the constitutional limits on a State's power to exercise jurisdiction over a defendant* »¹¹⁵⁵. La tendance générale permet ainsi de retenir que les tribunaux américains fondent leur compétence lorsque les activités numériques entretiennent un lien plus fort (« *something more* ») que la simple accessibilité. Il n'est toutefois pas possible de déterminer une typologie de contacts pouvant fonder la compétence des autorités. Les contacts peuvent être liés à des caractéristiques propres aux activités, telles que la langue, la monnaie, le type de produits proposés ou les *disclaimers*. Les contacts peuvent également être entretenus hors ligne, tels que des séjours professionnels, des téléphones ou des communications par fax, des contrats de vente ou des encarts publicitaires. Ceux-

¹¹⁵³ *Idem*, p. 660.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵⁵ Arrêt *ALS Scan*, p. 711.

ci peuvent aider à la détermination du « *something more* » nécessaire pour fonder la compétence personnelle.

- 705 Il n'est ainsi pas possible de définir précisément les critères permettant de fonder la compétence personnelle du défendeur lors de litiges commis en ligne. Les tests mis en place par les tribunaux semblent également adopter des positions aussi diverses que variées. Le *Zippo test* et l'*effect test* ont néanmoins survécu jusqu'à nos jours, tout aussi perfectibles qu'ils soient. Alors que l'*effect test* se concentre sur l'intention délictuelle (« *express aiming* ») du défendeur, le *Zippo test*, quant à lui, axe son analyse sur l'interactivité du site Internet, soit sur un critère plus objectif¹¹⁵⁶. Bien qu'étant très différents dans leur approche, il est difficile de dégager une tendance quant à l'application de l'un ou l'autre de ces tests. Certaines cours se sont ainsi tournées vers le *Zippo test*, d'autres vers l'*effect test*. D'autres cours encore les ont appliqués conjointement. Tel est le cas de l'arrêt *ALS Scan* qui a soumis la compétence personnelle des autorités du for pour trancher un litige à la condition que le défendeur : « (1) *directs electronic activity into the State*, (2) *with the manifested intent of engaging in business or other interactions within the State*, and (3) *that activity creates, in a person within the State, a potential cause of action cognizable in the State's courts.* »¹¹⁵⁷. Dans certains cas, la même cour a rejeté l'application de l'*effect test* en faveur du *Zippo test*, alors même que pour un état de fait similaire, elle avait précédemment conclu à l'application de l'*effect test*¹¹⁵⁸.
- 706 Finalement, les tribunaux américains semblent être essentiellement guidés par une analyse basée sur le caractère raisonnable de l'exercice de la compétence dans un cas particulier. Peu importe la dénomination donnée à ce critère, qu'il s'agisse de « contacts minimaux » ou de « rapport réel et substantiel », il s'agit de procéder dans chaque cas à une étude du caractère raisonnable de l'exercice de la compétence. Malheureusement, le terme « raisonnable » est une notion juridique indéterminée qui contribue à l'insécurité juridique qui entoure la détermination du tribunal compétent. Il revient ainsi à la jurisprudence d'interpréter cette notion. Il s'agit finalement de déterminer s'il était prévisible et envisageable pour une partie d'être atraite devant les tribunaux d'un autre État que celui de sa résidence. Tel est le cas lors d'un litige entre deux personnes résidant dans des pays différents. Il est en effet probable que les parties s'attendent à être atraites devant

¹¹⁵⁶ Dans ce SENS FLOYD DOUGLAS C./BARADARAN-ROBISON SHIMA, Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction, p. 627.

¹¹⁵⁷ Arrêt *ALS Scan*, p. 715.

¹¹⁵⁸ FLOYD DOUGLAS C./BARADARAN-ROBISON SHIMA, Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction, p. 617, au sujet des arrêts *Cybersell* et *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L*.

les tribunaux de l'un de ces deux États, puisque le lien (le domicile) qui existe avec les deux États est connu des parties. Naturellement, le caractère ubiquitaire d'Internet complexifie passablement la donne.

II. En droit européen

A. Introduction

- 707 Dans la mesure où il n'existe pas de règles spéciales permettant de déterminer la compétence internationale du juge de la contrefaçon lors de litiges commis sur Internet, ce sont les règles de conflit de juridictions applicables aux litiges traditionnels qui sont applicables. En droit européen, ces règles sont désormais contenues dans le Règlement Bruxelles *Ibis*. En matière de contrefaçon, la victime d'une atteinte peut ouvrir action à son choix au for général du domicile du défendeur (art. 4 ch. 1 Règlement Bruxelles *Ibis* ou 2 par. 1 Règlement Bruxelles I) ou au for spécial du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* ou art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I)¹¹⁵⁹.
- 708 Ainsi que nous l'avons mentionné, la Cour de justice européenne et la doctrine ne sont pas unanimes lorsqu'il s'agit d'interpréter le critère de rattachement du lieu où le fait dommageable s'est produit et de l'appliquer aux délits transfrontaliers hors ligne¹¹⁶⁰. Le nouveau vecteur de délits que représente Internet a d'autant plus ébranlé la construction mise en place en matière de délits transfrontaliers que cette construction était déjà instable à sa base. La Cour de justice européenne a dès lors été amenée à revoir les principes péniblement dégagés préalablement (notamment en matière d'atteintes aux droits de la personnalité) pour les adapter aux spécificités d'Internet d'une part, et des droits de propriété intellectuelle d'autre part.

B. For général du domicile du défendeur

- 709 Le for général du domicile du défendeur est consacré à l'art. 4 ch. 1 Règlement Bruxelles *Ibis* (art. 2 par. 1 Règlement Bruxelles I). Si la détermination et la localisation du ou des défendeur(s) peut poser des problèmes lorsqu'il s'agit de délits sur Internet, ce for ne présente pas de problèmes particuliers relatifs à l'interprétation du critère de rattachement. Le défendeur peut éventuellement

¹¹⁵⁹ Voir *supra* Chapitre deuxième, III, A, B.

¹¹⁶⁰ Voir *supra* Chapitre deuxième, V.

changer de domicile pour s'établir dans un État dont il connaît le système judiciaire, soit parce qu'il lui est favorable, soit parce qu'il est quasiment inexistant ou connu pour sa lenteur procédurale. Ces situations sont toutefois propres au for général du défendeur, qu'il s'agisse de délits en ligne ou hors ligne¹¹⁶¹.

- 710 Si le critère de rattachement ne pose pas de problèmes d'interprétation, Internet peut toutefois complexifier l'identification du défendeur¹¹⁶², raison pour laquelle le demandeur sera souvent plus enclin à ouvrir action au lieu où le fait dommageable s'est produit.

C. For spécial du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire

1. Notion

- 711 L'art. 5 ch. 3 du Règlement Bruxelles I, actuellement l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis¹¹⁶³ dispose que le demandeur peut attirer le défendeur – dans un autre État membre que celui du domicile du défendeur – « en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».
- 712 Ce for est particulièrement attrayant pour les victimes de contrefaçon en ligne, car il permet d'obtenir une protection judiciaire efficace de leurs droits. Il est en effet important de souligner, à ce stade de la présente étude, que le for au lieu où le fait dommageable s'est produit présente l'avantage d'être proche des faits en termes de preuve. « Il est de jurisprudence constante que la règle de compétence prévue à l'article 5, point 3, du règlement est fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et les juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, qui justifie une attribution de compétence à ces dernières pour des raisons de bonne

¹¹⁶¹ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.52, p. 550 ; METZGER AXEL, *Intellectual Property Infringements on the Internet*, p. 254.

¹¹⁶² Voir *supra* Chapitre premier, II, A, 2, a), i.

¹¹⁶³ Dans le présent chapitre, il sera en principe fait mention de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I dans la mesure où les arrêts topiques de la Cour européenne de justice ont été rendus sous son égide. Le Règlement Bruxelles Ibis, entré en vigueur en janvier 2015, a néanmoins repris à l'identique le contenu de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I. Voir *supra* Chapitre premier, V, B, 2, b).

administration de la justice et d'organisation utile du procès »¹¹⁶⁴. Dans la mesure où le contentieux est concentré dans l'État sur le territoire duquel le dommage s'est produit ou risque de se produire, ce for permet en outre, en principe, une exécution forcée immédiate sans devoir recourir à la reconnaissance et à l'*exequatur* de la décision¹¹⁶⁵. Cette compétence spéciale permettrait en outre de contrebalancer la protection apportée au défendeur par l'art. 4 Règlement Bruxelles *Ibis* dans la mesure où elle offre une alternative au demandeur, soit en principe au titulaire du droit de propriété intellectuelle¹¹⁶⁶. Ces éléments sont ainsi décisifs aux fins de localisation des critères de rattachement dégagés par la jurisprudence.

- 713 Ce for présente également l'avantage de pouvoir être ouvert, dans certaines circonstances, lorsque le domicile du défendeur présente des difficultés de localisation. Il est en effet courant qu'en pratique la localisation des différents acteurs d'Internet ne soit pas aisée. La localisation incertaine du domicile du défendeur a fait l'objet d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice européenne dans le cadre de l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I¹¹⁶⁷. Dans cette affaire, le défendeur était propriétaire d'un site Internet dont le nom de domaine était national (.de). Or, tant l'adresse figurant sur le site Internet en Allemagne que celle avec laquelle le défendeur s'était inscrit en tant que propriétaire de nom de domaine aux Pays-Bas ne correspondaient pas aux inscriptions dans les annuaires ou registres de ces États. De plus, le serveur qui hébergeait le site Internet était également inconnu¹¹⁶⁸. La Cour de justice a finalement conclu « qu'il ne fait pas obstacle à l'application de l'article 5, point 3, du même règlement [Règlement Bruxelles I] à une action en responsabilité du fait de la gestion d'un site Internet à l'encontre d'un défendeur qui est probablement citoyen de l'Union, mais qui se trouve en un lieu inconnu, si la juridiction saisie ne dispose pas d'indices probants lui permettant de conclure que ledit défendeur est effectivement domicilié en dehors du territoire de l'Union »¹¹⁶⁹. Dès lors, si après une recherche approfondie, la juridiction saisie ne dispose pas d'éléments probants attestant que le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre, le

¹¹⁶⁴ Arrêt *Melzer*, CJUE, cons. 26. Voir également, arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE, cons. 11 ; arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 19 ; arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 10. Certaines critiques se sont toutefois élevées à l'encontre de cette proximité avec le for. Voir à ce sujet not. HUET ANDRÉ, *Mines de Potasse d'Alsace*, p. 731 ; VAN LITH HÉLÈNE, *General Provisions*, n° 4.06, p. 133.

¹¹⁶⁵ NUYTS ARNAUD, *Place of Infringement*, p. 105.

¹¹⁶⁶ LEHMANN MATTHIAS, *Special Jurisdiction*, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.07, p. 133 s.

¹¹⁶⁷ Arrêt *de Visser*, CJUE.

¹¹⁶⁸ *Idem*, cons. 27 ss.

¹¹⁶⁹ *Idem*, cons. 42.

for de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I (art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*) peut être ouvert¹¹⁷⁰.

- 714 Depuis l'arrêt de principe *Mines de Potasse d'Alsace*¹¹⁷¹, il est de jurisprudence constante que le lieu où le fait dommageable s'est produit désigne, en principe, le lieu où le résultat du dommage est survenu, d'une part, et le lieu de l'évènement causal, d'autre part. Au vu du caractère ubiquitaire d'Internet, les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises en ligne sont par définition transfrontalières. Or, si la localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit est déjà ardue lorsque l'atteinte transfrontalière est commise hors ligne, Internet favorise la scission, voire l'éclatement du fait générateur et du dommage¹¹⁷².
- 715 Dans la suite de la présente étude, nous examinerons ainsi quelle interprétation a été donnée au lieu du résultat (2) ainsi qu'au lieu de l'évènement causal (3). L'interprétation de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* (anciennement art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I) retenue par la Cour de justice européenne dans le contexte des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet est relativement récente. Durant la période d'incertitude qui a précédé cette prise de position de la Cour de justice européenne, les tribunaux des différents États membres ont été amenés à se prononcer sur la problématique sans réelles lignes directrices et ont ainsi eu recours à divers mécanismes de localisation du lieu où le fait dommageable s'est produit.
- 716 Il est ainsi intéressant, tant pour le lieu du résultat que pour le lieu de l'évènement causal, d'examiner, dans un premier temps, quelles ont été les approches des différents tribunaux nationaux adoptées dans ce contexte (a)), pour déterminer ensuite, dans un deuxième temps, les réponses fournies par la Cour de justice sur le sujet (b)).

2. Lieu du résultat dommageable

- 717 Dans l'arrêt de principe en matière de délits transfrontaliers, l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, la Cour de justice européenne a conclu que le demandeur pouvait notamment, en vertu de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, ouvrir action devant les tribunaux du lieu du résultat du dommage, si ce lieu était distinct de celui de l'évènement causal¹¹⁷³.

¹¹⁷⁰ VAN LITH HÉLÈNE, General Provisions, n° 3.25, p. 126.

¹¹⁷¹ Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJUE, cons. 24.

¹¹⁷² CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt *Cristal*, C. cass., p. 638.

¹¹⁷³ Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE, cons. 24.

- 718 Dans l'affaire *Shevill*, la Cour de justice européenne a été amenée à examiner le cas d'une atteinte plurilocalisée par le biais de la diffusion d'un article de presse dans plusieurs États européens. La Cour de justice a ainsi considéré, au titre de lieu du résultat du dommage que « [d]ans le cas d'une diffamation internationale par voie de presse, l'atteinte portée par une publication diffamatoire à l'honneur, à la réputation et à la considération d'une personne physique ou morale se manifeste dans les lieux où la publication est diffusée, lorsque la victime y est connue »¹¹⁷⁴. Et la Cour de justice d'ajouter : « les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation sont compétentes pour connaître des dommages causés dans cet État à la réputation de la victime »¹¹⁷⁵.
- 719 Dans la mesure où un délit commis sur Internet est par essence diffusé dans de nombreux États de manière instantanée, les tribunaux nationaux européens ont appliqué les principes dégagés par la jurisprudence *Shevill* aux litiges relatifs à la violation de droits de propriété intellectuelle sur Internet. Nous examinerons ainsi dans un premier temps quelles ont été les approches nationales à ce sujet.
- 720 La Cour de justice européenne s'est, quant à elle, quelque peu distancée de la jurisprudence *Shevill* pour interpréter le critère de rattachement du lieu où le résultat s'est produit de manière plus nuancée en fonction du droit dont la violation est alléguée. Nous étudierons, dans un deuxième temps, comment la Cour de justice européenne a interprété et adapté le « lieu où le dommage est survenu » ou le « lieu où la victime prétend avoir subi une atteinte » dans le cadre de l'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*, respectivement *Shevill*, aux actions relatives à la violation de droits de propriété intellectuelle sur Internet. Nous procéderons par une analyse chronologique de la jurisprudence de la Cour de justice afin de mieux comprendre son évolution. Nous déterminerons également comment les tribunaux nationaux appliquent les principes permettant de localiser le lieu où le fait dommageable s'est matérialisé. Pour des raisons évidentes de concision, la présente étude se limitera à certaines décisions des tribunaux nationaux qui illustrent la diversité des approches nationales quant aux principes applicables en matière de localisation des critères de rattachement relevant.
- 721 Plusieurs tendances générales peuvent être dégagées de la jurisprudence des États membres de l'Union européenne en vue de situer le lieu du résultat de l'acte dommageable : les tribunaux ont en premier lieu appliqué le principe de

¹¹⁷⁴ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 29.

¹¹⁷⁵ *Idem*, cons. 30.

l'accessibilité et se sont par la suite tournés vers des critères plus spécifiques, notamment vers le critère du ciblage.

a) Jurisprudence nationale

- 722 Une étude exhaustive des pratiques juridictionnelles en matière de compétence internationale de chaque État européen dépasserait largement le cadre de la présente étude, raison pour laquelle nous nous concentrerons sur certaines tendances qui se dessinent quant à l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et Règlement Bruxelles I et art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* par les juridictions des États membres. Le Règlement Bruxelles *Ibis* étant entré en vigueur en janvier 2015, les arrêts examinés dans le présent chapitre ont été rendus sous l'égide de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I. Pour la bonne compréhension des arrêts examinés ci-après, il sera ainsi fait mention, dans chaque cas d'espèce, de l'instrument qui a été appliqué par les tribunaux.
- 723 Il convient également de rappeler, à ce stade, que l'examen des arrêts rendus par les autorités des États membres de l'Union ne porte que sur l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et ses versions ultérieures. Les règles de droit international privé interne que les États appliquent lorsque le litige concerne un défendeur qui, par hypothèse, n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre ne seront pas étudiées dans le présent chapitre, ou ne seront abordées qu'à titre indicatif, si la situation l'exige.

i. En France

(a) Principe de l'accessibilité

- 724 En France, le premier arrêt de référence en matière de conflit de juridictions sur Internet est l'arrêt *Cristal*¹¹⁷⁶. Fin 2003, la Cour de cassation française a en effet été amenée à se prononcer sur la compétence des tribunaux français en matière de violation du droit des marques à la lumière de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles. Dans cette affaire, la société française Champagne Louis Roederer reprochait à la société espagnole Castellblanch de faire de la publicité sur son site Internet pour son vin mousseux « Cristal », s'estimant ainsi victime de contrefaçon. En effet, tant la demanderesse que la défenderesse étaient titulaires de la marque « Cristal » dans leur pays respectif. La Cour de cassation française a confirmé la décision de la Cour d'appel de Reims en concluant que les

¹¹⁷⁶ Arrêt *Cristal*, C. cass., p. 195.

juridictions françaises étaient compétentes « pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne » au motif que « ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel »¹¹⁷⁷. La Cour de cassation s'est toutefois livrée à une motivation succincte dans laquelle la formulation des spécificités techniques d'Internet peut être qualifiée de « maladroite »¹¹⁷⁸. La Cour de cassation a reconnu la distinction entre les sites passifs et actifs¹¹⁷⁹, mais a considéré que cette notion relevait du droit de fond. La Cour a ainsi survolé ces notions pour conclure finalement que seule l'accessibilité du site Internet (« fût-il passif ») était relevante en matière de conflit de juridictions¹¹⁸⁰, protégeant de la sorte la position du demandeur qui souhaite ouvrir action¹¹⁸¹.

(b) *Principe du « lien suffisant, substantiel ou significatif »*

- 725 La Cour de cassation qui avait consacré le principe de l'accessibilité dans l'affaire *Cristal* a, deux ans plus tard, soit en 2005, adopté une position différente dans l'affaire *Hugo Boss*. Cette affaire concernait deux sociétés, titulaires de la marque « Boss » dans deux pays différents. La société Hugo Boss a ouvert action contre la société allemande Reemtsma Cigarettenfabrik afin de faire cesser l'utilisation de la marque « Boss » sur le site Internet de cette dernière accessible en France. La Cour de cassation a conclu que la simple accessibilité du site Internet en France n'était pas suffisante pour admettre une contrefaçon sur ce territoire. La Cour a en effet relevé que le site Internet ne ciblait pas le public français dans la mesure où les produits n'étaient pas disponibles en France, d'une part, et, d'autre part, le site était rédigé en langue étrangère¹¹⁸². Cet arrêt ne concernait pas la compétence des autorités françaises mais l'examen au fond du litige, à savoir l'existence d'une contrefaçon en France. La doctrine a néanmoins appliqué ces principes par analogie à la détermination de la compétence internationale du juge de la contrefaçon¹¹⁸³.

¹¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹¹⁷⁸ CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt *Cristal*, p. 636.

¹¹⁷⁹ Telle qu'issue de l'arrêt *Zippo* en droit américain.

¹¹⁸⁰ CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt *Cristal*, p. 636 s. ; CHABERT CYRIL, Mise en œuvre de la distinction, p. 41.

¹¹⁸¹ ANCEL MARIE-ÉLODIE, France, p. 543.

¹¹⁸² Arrêt *Hugo Boss*, C. cass., p. 8.

¹¹⁸³ CASTETS-RENARD CÉLINE, Marques sur Internet, p. 571 ; GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Aspects actuels, p. 736 s. ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 400 s.

- 726 Dans un autre arrêt français, la Cour d'appel de Paris avait indiqué « que, sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont pour support technique le réseau Internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué ; que, compte tenu de l'universalité de ce réseau, appliquer le critère de la simple accessibilité aurait nécessairement pour conséquence d'institutionnaliser la pratique du Forum Shopping »¹¹⁸⁴. La Cour d'appel de Paris a ainsi exigé un lien suffisant, substantiel ou significatif entre les faits et le dommage allégué en vue de fonder la compétence des autorités françaises¹¹⁸⁵.
- 727 Comme le relève CHABERT, « [e]n présence d'un site rédigé en langue étrangère, il existe une petite différence de vue entre, d'un côté, la position de la Haute juridiction se satisfaisant du critère de la simple accessibilité du site en France, et, d'un autre, celle de certaines juridictions du fond, favorables à la matérialisation d'un 'lien suffisant, substantiel ou significatif' »¹¹⁸⁶.
- 728 En 2010, la Cour de cassation a confirmé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon¹¹⁸⁷. L'affaire concernait un cas de concurrence déloyale et/ou parasitaire en raison de l'utilisation de noms de domaine par une société allemande qui exploitait plusieurs sites Internet (« pneusonline.com » et « pneu-online.com ») dont les pages d'accueil étaient en français et étaient destinées à la clientèle française. Cette situation avait pour conséquence de créer un risque de confusion avec l'activité d'une société suisse qui commercialisait des pneumatiques sous le nom de domaine « pneus-online.com » et détournait en outre les clients potentiels français de la société suisse. La société allemande a, par la suite, mis sur pied un stratagème consistant à écrire les pages d'accueil des sites Internet en allemand tout en accordant aux clients français un accès privilégié à son site Internet officiel en France « 123pneus.com ». Les tribunaux français ont été saisis par la société suisse en vertu de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I. L'affaire est montée jusqu'à la Cour de cassation qui a confirmé la compétence des tribunaux français à ce titre. La Cour de cassation a en effet considéré que l'accessibilité des sites Internet par les internautes français ainsi que la disponibilité des produits en France (faits démontrés par la rubrique des commentaires de satisfaction de la clientèle

¹¹⁸⁴ Arrêt *Google c. Axa*, CA Paris, in : JCP 2007 II n° 10151, p. 33.

¹¹⁸⁵ Voir à ce sujet, ANCEL MARIE-ÉLODIE, Compétence en matière civile, p. 34 ; CHABERT CYRIL, Un lien suffisant, substantiel ou significatif, p. 31 s.

¹¹⁸⁶ CHABERT CYRIL, Usage de noms de domaine, p. 32.

¹¹⁸⁷ Arrêt *Pneus-Online*, CA Lyon, in : JCP 2008, p. 31.

française disponible sur le site) justifiaient la compétence des juridictions françaises¹¹⁸⁸.

(c) *Principe de l'impact économique*

- 729 Dans deux affaires jointes¹¹⁸⁹, le Tribunal de grande instance de Paris a consacré un autre principe, celui de l'impact économique. La première affaire concernait une action intentée par la société L'Oréal, laquelle reprochait à la société eBay France des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale par le biais d'Internet en France. Dans la seconde affaire, la société Rue du Commerce a saisi les tribunaux français d'une action en contrefaçon de ses marques contre la société Carrefour Belgium par le biais de son site <www.hypercarrefour.be>. Le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que le lieu du fait dommageable au sens de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I se situait en France dans la mesure où, outre l'accessibilité des sites Internet en France, les faits incriminés étaient susceptibles d'avoir un impact économique en France¹¹⁹⁰.
- 730 Dans l'arrêt *eBay c. Maceo*, la Cour de cassation a confirmé, en 2011, la nécessité d'un lien particulier avec le territoire français, en cassant la décision de la Cour d'appel de Paris. La cour inférieure avait fondé sa compétence sur le fait qu'un huissier avait accédé depuis la France au site Internet « eBay.com », que ce site était rédigé en langue anglaise et affichait des prix en dollars. L'huissier avait ensuite passé commande en France et avait reçu un email de confirmation rédigé en partie en français. Selon la Cour de cassation, ces faits ne « caractérisent que l'accessibilité du site par un internaute en France, mais non son orientation vers un public français, ni un lien suffisant, substantiel ou significatif de sorte que le site en cause serait susceptible d'avoir un impact économique sur un tel public »¹¹⁹¹.
- 731 En droite ligne avec l'arrêt *eBay c. Maceo*, la Cour de cassation a également cassé la décision de la cour inférieure, dans une affaire de concurrence déloyale commise par une société danoise Novo Nordisk par le biais de son site Internet. En 2012, la Cour de cassation a conclu dans l'affaire *Sanofi c. Novo* qu'à la lumière de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, l'autorité inférieure aurait dû

¹¹⁸⁸ Arrêt *Pneus-Online*, C. cass., p. 48.

¹¹⁸⁹ RG 07/06823 et RG 08/01397, portant après jonction le n° RG 08/04592.

¹¹⁹⁰ Arrêts *L'Oréal c. eBay* et *Rue du Commerce c. Carrefour*, Tribunal de grande instance.

¹¹⁹¹ Arrêt *eBay c. Maceo*.

examiner si « l'information prétendument dénigrante inscrite sur le site internet de la société Novo Nordisk était destinée aux internautes français »¹¹⁹².

- 732 En France, depuis l'arrêt *Cristal*, l'exigence d'un lien particulier, notamment celui du lien suffisant, substantiel ou significatif avec le for, a pris de l'ampleur. Cette condition, accueillie de manière nuancée par la doctrine, peut être expliquée par l'exigence d'un lien de causalité entre la violation du droit et le dommage allégué en droit de la responsabilité civile, d'une part, ainsi que par une approche strictement territorialiste du droit de la propriété intellectuelle, d'autre part¹¹⁹³.

ii. En Allemagne

(a) Principe de l'accessibilité

- 733 En Allemagne, le Tribunal de Francfort a eu l'occasion de se prononcer sur des actes constitutifs de concurrence déloyale¹¹⁹⁴. Dans cette affaire, il était reproché à la défenderesse de proposer à la vente par Internet, à partir des Pays-Bas, des médicaments à des clients allemands alors que ces médicaments ne pouvaient être vendus que par les pharmacies allemandes. Le tribunal a considéré que le lieu du fait dommageable au sens de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles comprend, au titre de lieu du résultat, tous les endroits dans lesquels le site Internet est accessible¹¹⁹⁵. Deux ans plus tard, soit en 2002, l'*Oberlandesgericht Karlsruhe* a confirmé cette position en ajoutant au surplus qu'aucun autre lien avec le for n'était requis¹¹⁹⁶.

(b) Principe du public visé

- 734 En 2004, le *Bundesgerichtshof* allemand a également eu la possibilité de se prononcer sur la question de la compétence des autorités allemandes pour une atteinte au droit des marques sur Internet fondée sur l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles. L'affaire *Hotel Maritime*¹¹⁹⁷ opposait un demandeur allemand, propriétaire d'une chaîne d'hôtels « Maritim », à un défendeur danois. Ce dernier

¹¹⁹² Arrêt *Sanofi c. Novo*.

¹¹⁹³ ANCEL MARIE-ÉLODIE, France, p. 543.

¹¹⁹⁴ Arrêt du *Landgericht Frankfurt*, in : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, p. 2080 ss.

¹¹⁹⁵ *Idem*, p. 2081 : « (...) jeder Ort, an dem das Medium Internet bestimmungsgemäss abrufbar ist ».

¹¹⁹⁶ Arrêt l'*Oberlandesgericht Karlsruhe*, in : Multimedia und Recht 2001, p. 815, dans lequel le tribunal juge que « [i]nsoweit genügt, dass die nach Behauptung der Kl. Rechtsverletzenden Informationen unter den ebenfalls angegriffenen Domains auch in Deutschland abrufbar sind ».

¹¹⁹⁷ Arrêt *Hotel Maritime*, BGH.

possédait un *bed and breakfast* à Copenhague et tenait un site Internet sous le nom de domaine « hotel-maritime.dk ». Le site Internet était disponible en allemand, anglais et danois. Le défendeur envoyait également des brochures à ses clients en Allemagne. Le tribunal a considéré que les tribunaux allemands étaient compétents pour trancher le litige en question, car le défendeur avait intentionnellement ciblé le territoire allemand en proposant un site en allemand ainsi que de la publicité adressée au public allemand. Il a en outre ajouté que la compétence des tribunaux était indépendante de la situation au fond du litige, soit la violation effective du droit des marques. Il suffisait à ce stade que la violation soit alléguée et qu'elle ne paraisse pas d'emblée exclue¹¹⁹⁸. Cet arrêt a ainsi donné tort à l'autorité de première instance qui préconisait le critère de la simple accessibilité et a suivi une partie de la doctrine allemande en faveur de l'exigence d'un lien particulier avec le for¹¹⁹⁹.

- 735 Le *Bundesgerichtshof* a par la suite confirmé la position adoptée dans l'arrêt *Hotel Maritime* et l'a appliquée à une affaire ultérieure, l'affaire *Arzneimittelwerbung im Internet*¹²⁰⁰. Dans cet arrêt, le *Bundesgerichtshof* a considéré que les tribunaux de l'État du for étaient compétents lorsque l'activité et les effets du site Internet étaient ressentis dans cet État (« *wenn sich der Internet-Auftritt bestimmungsgemäß dort auswirken soll* »)¹²⁰¹. Le tribunal a ainsi proposé un mécanisme basé sur les effets pour déterminer si le site Internet était objectivement dirigé vers l'Allemagne. À l'appui de sa décision, le tribunal s'est référé au caractère international du site Internet, qui était traduit notamment en langue allemande et qui proposait le paiement en Deutsche Mark. Il est intéressant de relever que le site Internet comportait un *disclaimer* en la forme d'une note indiquant que le site pouvait être consulté en allemand par les citoyens européens germanophones, exclusion faite de ceux possédant une adresse en Allemagne. Le tribunal a considéré que cet élément pouvait être pris en compte pour déterminer si l'État du for était ciblé, mais qu'en l'occurrence, ce *disclaimer* ne pouvait pas être considéré comme sérieux et clair, et était de ce fait inopérant¹²⁰².
- 736 En 2007, l'*Oberlandesgericht München* a également affirmé que l'accessibilité du site Internet n'était pas un critère suffisant pour fonder sa compétence. Dans

¹¹⁹⁸ *Idem*, cons. II, 1).

¹¹⁹⁹ Arrêt *Hotel Maritime*, LG Hamburg, in : GRUR Int. 2002, p. 163 s. ; voir à ce sujet, BETTINGER T./THUM D., *Global Village*, p. 662 s. et p. 666-669 ; HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 90.

¹²⁰⁰ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH. Au sujet de cet arrêt, voir notamment SMITH GRAHAM J.H., *Internet Law*, p. 576.

¹²⁰¹ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH, cons. 21.

¹²⁰² *Idem*, cons. 22.

une affaire qui concernait une diffamation commise par le biais d'Internet, le tribunal a en effet rappelé que l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I devait être interprété de manière restrictive¹²⁰³. Le tribunal s'est référé à l'affaire *Arzneimittelwerbung im Internet* pour conclure qu'il fallait tenir compte des effets produits dans l'État du for, et que « [d]ie bloße Abrufbarkeit im Inland genügt hierfür nicht, weil sie bei schlechthin jedem Internetinhalt gegeben ist »¹²⁰⁴.

- 737 Finalement, une autre affaire mérite d'être mentionnée, même si elle a trait à la diffusion télévisée plutôt qu'à Internet¹²⁰⁵. En 2012, le *Bundesgerichtshof* a eu à se prononcer sur une affaire de contrefaçon de marque. L'affaire opposait la société allemande titulaire de la marque allemande « Oscar », par référence aux célèbres statuettes dénommées « Oscars » du cinéma qui sont distribuées par l'*Academy of Motion Picture Arts and Sciences*, et une société italienne qui avait diffusé une cérémonie de remise de prix « Oscars ». Les émissions italiennes étaient diffusées en Allemagne par satellite et par câble, raison pour laquelle la société allemande a ouvert action en Allemagne pour contrefaçon de sa marque. Le *Bundesgerichtshof* a retenu la compétence internationale des tribunaux allemands, et plus précisément des tribunaux berlinois, dans la mesure où les émissions italiennes étaient adressées (« *richten sich bestimmungsgemäss (...)* ») au public allemand¹²⁰⁶.

iii. Au Royaume-Uni

- 738 L'application du Règlement Bruxelles I (ou du Règlement Bruxelles *Ibis*) au Royaume-Uni diffère quelque peu de celle qui est faite dans les autres pays européens.
- 739 Le Royaume-Uni n'a pas de système juridique unique et est composé de trois systèmes distincts : celui de l'Angleterre et le pays de Galles¹²⁰⁷, celui de l'Ecosse et celui de l'Irlande du Nord¹²⁰⁸. Le fait que le Royaume-Uni connaisse plusieurs systèmes judiciaires distincts entraîne des disparités juridictionnelles, notamment

¹²⁰³ Arrêt *Salzburger Nachrichten*, OLG München, cons. 33.

¹²⁰⁴ *Idem*, cons. 35. Dans ce sens également arrêt *Internet-Fotos*, OLG Köln.

¹²⁰⁵ Dans cette affaire, le tribunal a appliqué les mêmes principes d'interprétation de l'art. 5 ch. 3 CL que ceux qu'il avait dégagés dans sa précédente jurisprudence relative à Internet. PEIFER KARL-NIKOLAUS, Anmerkung zu BGH Oscar, p. 229, a mentionné, dans ce sens, que cet arrêt devrait être plus important pour les litiges relatifs à Internet que ceux relatifs à la radiodiffusion.

¹²⁰⁶ Arrêt *Oscar*, BGH, cons. 1 b) aa).

¹²⁰⁷ Dans la présente étude, et par mesure de simplification, il sera fait référence à « l'Angleterre » et au « droit anglais » pour désigner le système juridique y relatif.

¹²⁰⁸ WADLOW CHRISTOPHER, United Kingdom, p. 1062 s.

au niveau de la transposition des instruments internationaux. L'Écosse applique ainsi la Convention de Bruxelles et ses versions ultérieures même lorsque les litiges transfrontaliers impliquent une partie dont le domicile ne se trouve pas dans un État membre de l'Union européenne (par exemple un litige entre un Écossais et un Américain), alors que les tribunaux anglais appliquent principalement les règles de compétence issues du *common law*¹²⁰⁹. Les tribunaux anglais sont ainsi moins familiers avec les règles de la Convention de Bruxelles que les tribunaux écossais, raison pour laquelle les règles de la Convention de Bruxelles ou du Règlement Bruxelles I n'ont pas été approfondies dans les arrêts de principe anglais impliquant une situation transfrontalière, alors qu'elles l'ont été en Écosse¹²¹⁰. Au vu de l'importance et de l'essor des règles unifiées de droit européen, les disparités susmentionnées devraient néanmoins s'amenuiser dans le futur¹²¹¹.

- 740 Il convient finalement de relever qu'en droit anglo-saxon, un défendeur domicilié à l'étranger ne pourra être attiré devant les juridictions d'un autre pays que si le demandeur établit qu'il y a bien « *a serious issues on merits* »¹²¹².

(a) *En Angleterre*

- 741 En Angleterre, les tribunaux ont recours aux notions de droit interne pour localiser les contrefaçons commises sur Internet. En matière d'atteinte au droit des marques, par exemple, la contrefaçon sera ainsi admise sur le territoire anglais si « [a] *person (...) uses in the course of trade* [c'est nous qui soulignons] *a sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which it is registered* »¹²¹³. L'examen du site Internet auquel procèdent les tribunaux anglais porte ainsi sur l'utilisation dans les affaires avec l'État du for (*use in the course of trade*) d'un signe identique à la marque protégée¹²¹⁴.

¹²⁰⁹ Voir à ce sujet DICEY ALBERT V./MORRIS JOHN H. C./COLLINS LAWRENCE, *Conflict of Laws*, n° 11R-101 ss, p. 411 ss.

¹²¹⁰ EDWARDS LILIAN, *Where on earth do things happen in Cyberspace*, p. 100 s.

¹²¹¹ WADLOW CHRISTOPHER, *United Kingdom*, p. 1062 s.

¹²¹² FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.53, p. 550.

¹²¹³ Art. 10 al. 1 Trade Marks Act. Les alinéas 2 à 6 explicitent en quoi consiste l'utilisation d'un signe identique.

¹²¹⁴ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.29, p. 542.

- 742 Dans son arrêt *I-800 Flowers*, la *High Court of Justice* avait indiqué à ce sujet que « *the fact that an internet website could be accessed from anywhere in the world did not mean, of itself, that for the purposes of trade mark law a mark placed on a website should be regarded as having been used everywhere in the world* »¹²¹⁵. Selon LORD JUSTICE JACOB, l'utilisation d'un signe identique à une marque sur Internet devait être examinée à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce, et notamment à la lumière de l'intention du propriétaire du site Internet de cibler le territoire anglais. LORD JUSTICE JACOB a ainsi conclu que « *the applicant's use of the mark on its website did not sufficiently constitute evidence of the requisite intention to use the mark in the United Kingdom* »¹²¹⁶. La Cour d'appel a ensuite confirmé que la simple accessibilité d'un site Internet ne pouvait pas être considérée comme une utilisation sur le marché anglais (« *use in the course of trade* »). Selon les considérants de la Cour, « *the very idea of 'use' within a certain area would seem to require some active step in that area on the part of the user that goes beyond providing facilities that enable others to bring the mark into the area* »¹²¹⁷. La Cour a admis qu'il fallait que le site Internet comporte une certaine interactivité. Elle a relevé à ce sujet que « *there is something inherently unrealistic in saying that A 'uses' his mark in the United Kingdom when all that he does is to place the mark on the internet, from a location outside the United Kingdom, and simply wait in the hope that someone from the United Kingdom will download it and thereby create use on the part of A* »¹²¹⁸.
- 743 Dans un autre arrêt rendu postérieurement à l'arrêt *I-800 Flowers*, les tribunaux anglais ont eu l'occasion de confirmer la position soutenue dans cet arrêt. Dans l'affaire *Euromarket c. Peters and Crate*, la question qui se posait au tribunal saisi concernait, notamment, l'utilisation sur le site Internet des défendeurs – possédant un magasin appelé « *Crate and Barrel* » à Dublin – de la marque « *Crate & Barrel* », protégée en Angleterre par la société américaine *Euromarket Designs*¹²¹⁹. Le tribunal saisi a indiqué que la publicité faite sur le site Internet des défendeurs était uniquement destinée à leur magasin à Dublin. Se référant à l'arrêt *I-800 Flowers*, le tribunal a rappelé que « *[i]t could not be concluded from the fact that the internet was available throughout the world that the defendants were using the words 'Crate & Barrel' in every country of the world* »¹²²⁰. Selon le tribunal, il n'y avait ainsi aucune raison de penser que le site Internet s'adressait

¹²¹⁵ Arrêt *I-800 Flowers*, High Court of Justice, in : ETMR 2000, p. 370.

¹²¹⁶ *Ibidem*.

¹²¹⁷ Arrêt *I-800 Flowers*, EWCA, cons. 138.

¹²¹⁸ *Idem*, cons. 137.

¹²¹⁹ Voir *supra* Chapitre troisième, I, D, 2, b).

¹²²⁰ Arrêt *Euromarket c. Peters and Crate*, High Court of Justice, in : ETMR 2000, conclusions n° 3.

particulièrement aux internautes anglais, ceci d'autant plus que le site Internet comprenait un nom de domaine national « .ie » (Irlande) et non générique tel que « .com »¹²²¹. Le juge a ainsi insisté sur le fait qu'Internet permettait de visiter le monde et ainsi, pour chaque internaute, indépendamment de sa localisation, de visiter le magasin des défendeurs. Selon les considérants du tribunal, le cas différait de celui d'Amazon.com qui opérait un commerce international. Contrairement aux défendeurs, Amazon.com n'utilisait pas uniquement un nom mais faisait des affaires en Angleterre en offrant un réel service de fourniture de livres en Angleterre¹²²². Dans cet arrêt, le tribunal a ainsi confirmé que la simple accessibilité d'un site Internet dans l'État du for ne suffisait pas pour fonder la compétence des autorités de cet État, et ceci dans le but d'éviter aux propriétaires de sites Internet d'être attirés devant les juridictions d'États dans lesquels ils n'ont commis aucune atteinte. Le tribunal a toutefois rappelé que l'examen des caractéristiques des sites Internet devait se faire au cas par cas et a suggéré que la commande et la livraison de marchandises par le biais d'un site Internet (tel qu'Amazon) pourraient être considérées comme un usage de la marque dans les affaires (« *use in the course of trade* ») de ce territoire¹²²³.

- 744 Les considérations des tribunaux anglais s'inscrivent néanmoins dans le cadre de l'application du *Trade Marks Act* sans prendre en compte l'application de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles. Il n'y a, à ce jour et à notre connaissance, aucun arrêt portant sur cette disposition.
- 745 Les conclusions des arrêts anglais auraient-elles été différentes en application de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I ? Selon la doctrine, l'arrêt *Euromarket c. Peters and Crate* pourrait néanmoins être compris comme consacrant le principe de l'accessibilité. En effet, et dans la mesure où le tribunal est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas eu d'usage de la marque sur le territoire anglais (et ainsi aucune violation sur le sol anglais), le seul lien avec le territoire anglais était l'accessibilité du site Internet¹²²⁴. Si le défendeur avait été domicilié dans un État membre (et non pas en Amérique comme en l'espèce) – entraînant de la sorte l'application de la Convention de Bruxelles –, le résultat de l'acte dommageable aurait ainsi probablement été localisé en Angleterre, de sorte que les tribunaux anglais auraient été compétents¹²²⁵. Il n'est cependant pas possible de conclure de manière claire que le juge a appliqué le principe de l'accessibilité, dans la mesure

¹²²¹ *Idem*, cons. 22.

¹²²² *Idem*, cons. 24.

¹²²³ Mohring Neil, *Infringement by shop in Dublin*, p. 18.

¹²²⁴ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.71, p. 556.

¹²²⁵ EDWARDS LILIAN, *Where on earth do things happen in Cyberspace*, p. 107.

où il n'a pas traité de la problématique de la compétence mais a directement rendu sa décision au fond.

- 746 Il est ainsi intéressant de relever que dans leurs récentes décisions au fond, les tribunaux anglais ont appliqué le critère du ciblage pour déterminer s'il y avait violation de droits de propriété intellectuelle en Angleterre. En 2014, dans une affaire relative à un site de partage de fichiers *peer to peer*, le tribunal a conclu qu'en vertu du droit anglais, les opérateurs des sites Internet (principalement des fournisseurs de service Internet en l'occurrence) portaient atteinte aux droits d'auteur des sociétés demanderesse dans la mesure où les sites Internet ciblaient l'Angleterre. Le tribunal a en effet considéré que les sites Internet étaient en anglais, que les internautes anglais étaient nombreux à visiter leurs sites Internet, que les sites proposaient des albums anglais et que la publicité était destinée au public anglais¹²²⁶. Dans un autre arrêt de la même année, relatif à un site Internet sud-africain qui affichait des photos protégées par un droit d'auteur anglais, le tribunal a également examiné si le site Internet ciblait l'Angleterre. Le juge a rappelé qu'il était constant « *that mere accessibility on the internet is not enough to show infringement, otherwise every website would be potentially amenable to the jurisdiction of every country in the world* »¹²²⁷. Il a ainsi examiné les caractéristiques du site Internet, telles que le nom de domaine, la langue ainsi que le numéro de téléphone figurant sur le site et comportant un indicatif international¹²²⁸. Le juge a également examiné le pourcentage d'internautes anglais visitant le site Internet¹²²⁹ pour finalement conclure qu'il y avait bien contrefaçon dans la mesure où le site Internet ciblait le public anglais¹²³⁰.
- 747 Dans l'arrêt *Omnibill c. Egpsxxx*, il est intéressant de relever que le tribunal s'est référé à l'arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof* de la Cour de justice européenne¹²³¹ pour déterminer si le site Internet ciblait le public anglais en vue de déterminer s'il y avait contrefaçon. Or l'arrêt de la Cour de justice concerne la compétence des tribunaux en matière de contrat de consommation, composante qui n'a pas été reprise ni développée par le tribunal anglais. Celui-ci s'est limité à reprendre les éléments induisant un ciblage tels que mentionnés par la Cour de justice. Le tribunal ne s'est de la sorte pas prononcé sur l'arrêt *Pinckney*¹²³² qui concerne

¹²²⁶ Arrêt 1967 *c. British Sky Broadcasting*, cons. 21.

¹²²⁷ Arrêt *Omnibill c. Egpsxxx*, cons. 40.

¹²²⁸ *Idem*, cons. 13 ss.

¹²²⁹ *Idem*, cons. 27 ss.

¹²³⁰ *Idem*, cons. 66.

¹²³¹ Arrêt développé *infra* Chapitre quatrième, IV, B, 2, b), i.

¹²³² Voir *infra* Chapitre troisième, II, C, b) iii, (b).

l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I et dans lequel la Cour de justice a consacré le principe de l'accessibilité¹²³³.

- 748 La situation en Angleterre demeure ainsi incertaine, à tout le moins en ce qui concerne la compétence internationale.

(b) *En Écosse*

- 749 En Écosse, dans l'affaire *Bonnier*, Lord DRUMMOND YOUNG de la *Court of Session* s'est expressément écarté de l'affaire *Euromarket c. Peters and Crate* en relevant que « *I did not follow, from the fact that a website could be viewed anywhere in the world, that at least for the purposes of trade mark infringement or passing off the provider of a website or the owner of a domain name was liable anywhere in the world where the website might be viewed* »¹²³⁴. Lord DRUMMOND YOUNG a ainsi écarté une compétence basée sur la simple accessibilité du site Internet dans l'État du for. Lord DRUMMOND YOUNG a toutefois considéré qu'en l'occurrence la compétence du tribunal devait être admise à la lumière de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles, car les défendeurs avaient sciemment choisi un nom de domaine proche de celui des demandeurs afin de se faire passer pour ceux-ci et cibler le lieu où ils faisaient affaire, soit le territoire écossais¹²³⁵. Lord DRUMMOND YOUNG a toutefois ajouté qu'il était nécessaire d'examiner toutes les caractéristiques du site Internet : « *if the impact of a website in a particular country is properly regarded as insignificant, no delict has been committed there* »¹²³⁶. Cette considération, qui se réfère à l'(in)existence des liens qu'entretient la cause avec le for, n'a pourtant pas été retenue dans le cadre de la Convention de Bruxelles et de ses versions postérieures. Une telle approche contreviendrait ainsi aux principes et à l'esprit de la Convention de Bruxelles¹²³⁷.
- 750 Dans l'arrêt *Bonnier*, Lord DRUMMOND YOUNG cite les affaires *Euromarket c. Peters and Crate* et *1-800 Flowers* aux fins d'asseoir son raisonnement juridictionnel. Pourtant, malgré la référence aux questions de compétence (« *jurisdiction* »), ces arrêts relèvent plus du droit matériel, dans la mesure où ils

¹²³³ Pour un commentaire approfondi de l'arrêt *Omnibill c. Egpsxxx*, voir FROLOVA KATERYNA, Case comment, p. 383 ss.

¹²³⁴ Arrêt *Bonnier*, Court of Session of Scotland, in : ETMR 2002, p. 1053.

¹²³⁵ *Ibidem*.

¹²³⁶ Arrêt *Bonnier*, Court of Session of Scotland, in : ETMR 2002, p. 1065.

¹²³⁷ Voir à ce sujet, EDWARDS LILIAN, Where on earth do things happen in Cyberspace, p. 107.

examinent si la marque a été utilisée au Royaume-Uni, que de la compétence *per se*¹²³⁸.

iv. En Autriche

- 751 En 2001, la Haute Cour autrichienne a été amenée à se prononcer sur le même litige que la Cour de cassation française concernant les cigarettes de la marque « Boss » proposées sur Internet par une société allemande¹²³⁹. Le litige portait plus précisément sur une violation alléguée de la marque autrichienne du demandeur par le biais d'un site Internet accessible depuis l'Autriche. Alors que la Cour de cassation française avait décliné la compétence des autorités françaises dans la mesure où les produits figurant sur le site Internet – rédigé en langue étrangère – n'étaient pas disponibles en France¹²⁴⁰, l'*Oberster Gerichtshof* est arrivé à une conclusion différente. Le tribunal a ainsi considéré que les tribunaux autrichiens étaient compétents pour se prononcer sur les questions de violation du droit des marques au sens de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles¹²⁴¹. Le tribunal a justifié sa position par le fait que le site Internet était disponible en langue allemande, d'une part, et, d'autre part, par le fait que les cigarettes proposées à la vente sur le site pouvaient être livrées en Slovénie, soit dans un pays voisin. La publicité offerte sur le site Internet permettait ainsi d'affirmer qu'elle était également destinée au marché autrichien¹²⁴².

v. Conclusions intermédiaires

- 752 Les différents États membres ont tous adopté des mécanismes différents en vue d'appréhender les litiges commis en ligne et d'appliquer les règles de compétence internationale. Les approches nationales ont néanmoins toutes un point de départ commun : le critère de l'accessibilité.
- 753 L'approche basée sur le critère de l'accessibilité a, par la suite, été écartée par les États membres. Il semble se dégager des différents arrêts rendus par les tribunaux

¹²³⁸ EDWARDS LILIAN, Where on earth do things happen in Cyberspace, p. 103 s.

¹²³⁹ Arrêt *Hugo Boss*, C. cass., *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, a), i, (b).

¹²⁴⁰ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, a), i, (b).

¹²⁴¹ Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001, p. 848, dans lequel le tribunal a considéré que « Wird mit einer Marke im Internet geworben und richtet sich die Werbung (auch) an österreichische Internet-Nutzer, so ist jedes österreichische, für die Verletzungsklage des Markeninhabers sachlich zuständige Gericht auch örtlich zuständig, sodass die inländische Gerichtsbarkeit gegeben ist ».

¹²⁴² Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001, p. 849.

européens une exigence que le site Internet implique quelque chose de plus que la simple accessibilité pour fonder la compétence des tribunaux du for.

- 754 En France, les tribunaux exigent ainsi un lien suffisant, substantiel ou significatif, alors qu'en Allemagne, les tribunaux inférieurs ont adopté une approche restrictive visant à admettre la compétence des autorités allemandes uniquement dans les cas où le site s'adresse aux internautes allemands¹²⁴³.
- 755 Parmi les éléments qui ont guidé le raisonnement des différents tribunaux des États membres pour examiner leur compétence internationale, on peut ainsi relever : le nom de domaine, la langue, la monnaie, le type de produits proposés ainsi que les modalités de livraison dans l'État du for, les rubriques de commentaire de satisfaction, tout type de publicité dirigé vers l'État du for ainsi que les *disclaimers*.

b) Jurisprudence de la Cour de justice européenne

i. Principe de l'accessibilité du site Internet (site actif /site passif)

- 756 Dans la droite ligne de l'arrêt *Shevill*, la Cour de justice européenne a rendu, en 2011, un arrêt important en matière de délits commis au moyen d'Internet. Bien que l'affaire *eDate* concerne une atteinte à la personnalité, cet arrêt est néanmoins relevant pour la présente étude. Il a en effet servi de précédent en vue d'interpréter l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I et a souvent été cité en lien avec les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement en matière d'atteinte au droit d'auteur.
- 757 Dans l'affaire *eDate*, la Cour de justice européenne a été amenée à examiner deux demandes préjudicielles portant sur l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I ; la première émanant des juridictions allemandes, plus spécifiquement du *Bundesgerichtshof*¹²⁴⁴, et la seconde émanant des juridictions françaises, plus spécifiquement du Tribunal de grande instance de Paris¹²⁴⁵. Dans la mesure où les deux demandes concernaient le même type de litige, à savoir une atteinte à la personnalité sur Internet, la Cour de justice a décidé de joindre les deux affaires¹²⁴⁶.

¹²⁴³ HYE-KNUDSEN REBEKKA, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen, p. 104 s. ; METZGER AXEL, Germany, p. 593.

¹²⁴⁴ Affaire C-509/09.

¹²⁴⁵ Affaire C-161/10.

¹²⁴⁶ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 30.

- 758 La Cour de justice européenne s'est appuyée sur l'interprétation donnée dans l'arrêt *Shevill* pour rappeler que le demandeur qui s'estime victime d'une atteinte à la personnalité peut ouvrir action devant les juridictions « de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie »¹²⁴⁷.
- 759 La Cour de justice a ainsi conclu que « le critère de la matérialisation du dommage issu de l'arrêt *Shevill* e.a., précité, confère compétence aux juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été »¹²⁴⁸. Formaté à l'ère du numérique, le critère de la diffusion a été localisé au lieu où le site Internet est accessible.
- 760 La Cour de justice a ainsi admis la compétence des tribunaux fondée sur la simple accessibilité du site Internet dans l'État du for, compétence restreinte au dommage subi sur son territoire. Bien qu'applicable en matière d'atteinte à la personnalité, cet arrêt met en exergue les difficultés générales de mise en œuvre des critères de rattachement valant hors ligne dans le cadre de litiges commis sur Internet.

ii. Principe du centre des intérêts

- 761 Dans l'affaire *eDate*, la Cour de justice a néanmoins émis quelques réserves sur le critère (du lieu) de la diffusion issu de l'arrêt *Shevill* lorsque les litiges sont commis par le biais d'Internet. La Cour a ainsi rappelé que « la mise en ligne de contenus sur un site Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle »¹²⁴⁹. La Cour de justice en a inféré qu'« Internet réduit l'utilité du critère tenant à la diffusion, dans la mesure où la portée de la diffusion de contenus mis en ligne est en principe universelle »¹²⁵⁰, complexifiant au demeurant l'évaluation de l'étendue de cette diffusion sur le plan technique ainsi que celle du dommage circonscrit à un territoire en particulier¹²⁵¹.

¹²⁴⁷ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 42.

¹²⁴⁸ *Idem*, cons. 47 et 51.

¹²⁴⁹ *Idem*, cons. 45.

¹²⁵⁰ *Idem*, cons. 46.

¹²⁵¹ *Ibidem*.

- 762 Elle a considéré que la nature particulière du vecteur de l'atteinte ainsi que sa diffusion universelle justifiaient une adaptation des critères de rattachement. Selon la Cour de justice, la difficulté de la mise en œuvre du critère de la matérialisation du dommage ainsi que la gravité potentielle des atteintes à la personnalité commises sur Internet militaient en effet en faveur d'une meilleure protection des victimes¹²⁵².
- 763 La Cour de justice a finalement conclu qu'« [é]tant donné que l'impact d'un contenu mis en ligne sur les droits de la personnalité d'une personne peut être le mieux apprécié par la juridiction du lieu où la prétendue victime a le centre de ses intérêts »¹²⁵³, ce dernier for – devant lequel le demandeur peut obtenir la réparation de l'intégralité du dommage – remplissait les objectifs de protection de la victime, de bonne administration de la justice et de prévisibilité des règles de compétence. La Cour a en outre ajouté que cet endroit coïncidait en général avec le lieu de la résidence habituelle de la prétendue victime, mais qu'une personne pouvait également avoir le centre de ses intérêts dans un autre État que celui de sa résidence habituelle.
- 764 La victime d'une atteinte à sa personnalité peut ainsi saisir, au titre de matérialisation du dommage, les tribunaux de chaque État dans lequel le contenu mis en ligne est accessible – compétents pour se prononcer sur le dommage subi dans l'État du for – ou les tribunaux de l'État dans lequel se trouve son centre d'intérêts, compétents pour se prononcer sur l'entier du dommage subi¹²⁵⁴.
- 765 Cet arrêt est important, car il pose les premiers jalons d'une conscience de la nature particulière d'Internet¹²⁵⁵. La Cour de justice n'a pas renoncé aux critères traditionnels issus de l'arrêt *Shevill*, mais les a adaptés au vecteur de diffusion particulier que représente Internet afin de déterminer le centre de gravité du conflit. Le centre de gravité d'un conflit commis sur Internet doit ainsi tenir compte de la nature de l'information véhiculée par ce biais. En matière de droits de la personnalité, le centre de gravité de l'atteinte se confond avec le centre d'intérêts de l'information litigieuse. « En somme, parce que l'information ou l'opinion peut particulièrement susciter l'intérêt en un certain lieu, c'est aussi dans

¹²⁵² *Idem*, cons. 43 ss.

¹²⁵³ *Idem*, cons. 48.

¹²⁵⁴ *Idem*, cons. 52. Voir également dans ce sens ROTH WULF-HENNING, Anmerkung zu EuGH eDate, p. 220 s.

¹²⁵⁵ HESS BURKHARD, The Brussels I Regulation, p. 1087 ss.

ce même lieu que l'atteinte éventuelle aux droits de la personnalité pourra produire le plus haut niveau de dommages »¹²⁵⁶.

iii. Principe de l'accessibilité « conditionnelle »

766 Le principe de l'accessibilité a été finalement consacré par la Cour de justice européenne en matière de propriété intellectuelle. Celle-ci n'a cependant pas subordonné la compétence des autorités du for à la seule accessibilité du site Internet. Elle a au contraire fait dépendre l'accessibilité d'un autre élément, à savoir la protection du droit de propriété intellectuelle. En ce sens, le principe de l'accessibilité n'est pris en compte pour déterminer la compétence des autorités du for que dans les États sur le territoire desquels le droit de propriété intellectuelle est protégé. Le for sera ainsi ouvert si le site Internet est accessible dans un État et que le droit y est protégé.

(a) Arrêt *Wintersteiger*

767 Dans l'arrêt *Wintersteiger*, la Cour de justice européenne a été saisie d'une demande de décision préjudicielle relative à l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I. Le litige concernait d'un côté la société Wintersteiger dont le siège se situait en Autriche. La société produisait et commercialisait des machines pour l'entretien de skis et était propriétaire de la marque autrichienne « Wintersteiger ». De l'autre côté se trouvait la société Products 4U, active dans le développement et la commercialisation de machines d'entretien pour skis et snowboards, dont le siège était en Allemagne. Products 4U vendait en outre des accessoires pour les machines de Wintersteiger, accessoires appelés « wintersteiger-Zubehör ». Products 4U avait fait réserver depuis le 1^{er} décembre 2008, par le biais du service de référencement de Google, le mot clé « Wintersteiger ». Il est important, à ce stade, de relever que cette réserve ne concernait que le domaine national de premier niveau allemand, soit le site Internet « google.de »¹²⁵⁷.

768 Invoquant une atteinte à sa marque, Wintersteiger a ouvert action en cessation d'usage auprès des tribunaux autrichiens. L'*Oberster Gerichtshof*, saisi d'un recours en révision, a décidé de surseoir à statuer en attendant la décision de la

¹²⁵⁶ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 29 mars 2011 dans l'affaire *eDate*, CJUE, cons. 62.

¹²⁵⁷ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 10-12.

Cour de justice européenne sur la question préjudicielle portant sur l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I.

- 769 La Cour de justice européenne a commencé par rappeler les principes dégagés dans l'arrêt *eDate* dans lequel elle avait conclu que la victime d'une atteinte potentielle pouvait saisir, notamment, les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts, et ceci pour l'ensemble du dommage subi¹²⁵⁸.
- 770 La Cour de justice européenne s'est cependant distancée de sa précédente jurisprudence en tranchant enfin une question de principe. Elle a en effet suivi les conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, en précisant que « (...) cette appréciation, faite dans le contexte particulier des atteintes aux droits de la personnalité, ne saurait valoir également pour la détermination de la compétence judiciaire en ce qui concerne les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, telles que celles alléguées au principal »¹²⁵⁹. Elle a justifié ce raisonnement par le fait que « (...) contrairement à la situation d'une personne qui s'estime lésée dans ses droits de la personnalité, lesquels sont protégés dans tous les États membres, la protection accordée par l'enregistrement d'une marque nationale est, par principe, limitée au territoire de l'État membre d'enregistrement (...) »¹²⁶⁰. La Cour a ainsi expressément renoncé à appliquer la jurisprudence relative aux atteintes au droit de la personnalité faites par le biais d'Internet aux atteintes aux droits des marques.
- 771 Elle a finalement conclu que « (...) tant l'objectif de la prévisibilité que celui de la bonne administration de la justice militent en faveur d'une attribution de la compétence, au titre de la matérialisation du dommage, aux juridictions de l'État membre dans lequel le droit en cause est protégé »¹²⁶¹. Ces juridictions seront compétentes pour connaître de l'intégralité du dommage allégué¹²⁶².
- 772 Cet arrêt étonne par les raisons qui ont amené la Cour de justice européenne à considérer que le lieu du résultat dommageable était celui de protection du droit de propriété intellectuelle. La Cour de justice s'est en effet fondée sur la notion de violation d'un droit de propriété industrielle en droit matériel pour examiner la

¹²⁵⁸ Voir arrêt *eDate*, CJUE cons. 53.

¹²⁵⁹ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 24.

¹²⁶⁰ *Idem*, cons. 25.

¹²⁶¹ *Idem*, cons. 27.

¹²⁶² Selon la Cour de justice, cons. 28, « [c]es juridictions sont habilitées à connaître, (...), de l'intégralité du dommage prétendument causé au titulaire du droit protégé du fait de l'atteinte portée à celui-ci (...) ». Au sujet de la réparation du dommage, voir *infra* Chapitre troisième, II, C, 2, c), (B).

compétence juridictionnelle du tribunal. Certes les juridictions de l'État d'enregistrement sont les mieux à même de se prononcer sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle. Toutefois, ces considérations ne devraient pas influencer la détermination de la compétence du juge, dès lors que cette question doit être clairement distinguée de celle de l'examen du fond du litige¹²⁶³. Ce raisonnement est d'autant plus étonnant que la Cour de justice européenne rappelle, avant d'arriver à sa conclusion, que le fait de déterminer s'il y a eu effectivement une violation « relève de l'examen au fond du recours que la juridiction compétente effectuera à l'aune du droit matériel applicable »¹²⁶⁴.

- 773 Malgré sa formulation peu explicite, la Cour de justice européenne consacre, dans son arrêt *Wintersteiger*, le principe de l'accessibilité¹²⁶⁵. Il y a ainsi lieu de considérer que selon l'arrêt *Wintersteiger*, et au titre de lieu où le résultat dommageable s'est produit, le demandeur qui s'estime lésé peut attirer le défendeur devant les juridictions de l'État d'enregistrement sur le territoire duquel le site Internet en cause est accessible.

(b) *Arrêt Pinckney*

- 774 En 2013, la Cour de justice européenne a rendu un arrêt attendu. Elle a en effet rendu le premier arrêt traitant de la violation en ligne d'un droit de propriété intellectuelle ne faisant pas l'objet d'un enregistrement, en l'occurrence un droit d'auteur. Le cas opposait M. Pinckney, résident français, à la société Mediatech dont le siège était en Autriche. M. Pinckney reprochait à la société Mediatech d'avoir reproduit en Autriche sur CD des chansons dont il était l'auteur, et ceci sans son autorisation. Ladite société agissait à la demande d'une société britannique qui vendait ensuite les CD par le biais de son site Internet. M. Pinckney a saisi les tribunaux français d'une demande en réparation du préjudice.
- 775 Saisie d'une demande de décision préjudicielle sur l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, la Cour de justice européenne s'est prononcée sur la compétence des tribunaux français pour trancher le litige en question. Constatant que le territoire français ne pouvait représenter le lieu de l'évènement causal, la

¹²⁶³ Voir à ce sujet la théorie des faits doublement pertinents, *infra* Chapitre quatrième, IV, b), ii, (c).

¹²⁶⁴ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 26.

¹²⁶⁵ Dans ce sens LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 216 ; GRÜNBERGER MICHAEL, *Anmerkung zu EuGH Pinckney*, p. 60 ss ; LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, *Anmerkung zu EuGH Wintersteiger*, p. 1018 ; SLONINA MICHAEL, *Deliktgerichtsstand*, p. 484 ss.

Cour de justice européenne s'est ainsi limitée à l'examen de la compétence des tribunaux français en tant que lieu où le résultat dommageable est survenu¹²⁶⁶.

- 776 Ce qu'il convient de retenir en premier lieu de cet arrêt, c'est que, selon la Cour de justice européenne, les principes dégagés en matière de propriété industrielle¹²⁶⁷ s'appliquent également aux droits d'auteur. La Cour a rappelé en outre le principe de la protection automatique des droits patrimoniaux d'un auteur dans tous les États membres. Selon elle, il en découle que ces droits peuvent tous potentiellement, et en fonction du droit matériel applicable, être violés dans chacun des États membres¹²⁶⁸.
- 777 En conséquence et dans le cas présent, la Cour de justice européenne a finalement conclu que « s'agissant de la violation alléguée d'un droit patrimonial d'auteur, la compétence pour connaître d'une action en matière délictuelle ou quasi délictuelle est déjà établie, au profit de la juridiction saisie, dès lors que l'État membre sur le territoire duquel se trouve cette juridiction protège les droits patrimoniaux dont le demandeur se prévaut et que le dommage allégué risque de se matérialiser dans le ressort de la juridiction saisie »¹²⁶⁹. Il convient ainsi de retenir qu'en matière de violation de droit d'auteur sur Internet, la compétence des tribunaux d'un État est fondée dès lors que ce droit y est protégé. Ce principe est également celui qui fait foi en matière de droits de propriété industrielle¹²⁷⁰. La Cour a toutefois ajouté un élément à l'équation, à savoir la potentielle matérialisation du dommage allégué.
- 778 La notion de « risque de matérialisation » est toutefois une notion très large. Quels sont les actes compris dans cette notion ? La Cour de justice européenne s'est contentée d'affirmer dans cette affaire que « (...) ledit risque découle notamment de la possibilité de se procurer, au moyen d'un site Internet accessible dans le ressort de la juridiction saisie, une reproduction de l'œuvre à laquelle s'attachent les droits dont le demandeur se prévaut »¹²⁷¹.
- 779 Si l'on s'en tient à une lecture stricte de ces considérants, la simple accessibilité d'un site Internet depuis le territoire d'un État membre protégeant un droit d'auteur ne suffit pas à asseoir la compétence de ses tribunaux, encore faut-il que le dommage allégué risque de s'y matérialiser. Dans la mesure où les droits d'auteur sont protégés dans tous les États membres, le risque de matérialisation

¹²⁶⁶ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 29.

¹²⁶⁷ Voir notamment l'affaire *Wintersteiger*.

¹²⁶⁸ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 39.

¹²⁶⁹ *Idem*, cons. 43.

¹²⁷⁰ Voir arrêt *Wintersteiger*, CJUE.

¹²⁷¹ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 44.

devrait toutefois toujours être la règle. Cet élément nous ramènerait finalement, et en quelque sorte, au point de départ lorsqu'il s'agit d'interpréter le lieu où le dommage s'est produit. En effet, tant le lieu du résultat que le lieu du risque de matérialisation requièrent une interprétation quant à leur portée, notamment compte tenu de la nature d'Internet. L'exercice est le même que celui auquel s'est livré la Cour de justice dans ses décisions précédentes. L'insécurité juridique est ainsi maintenue dans sa substance puisque les tribunaux (de l'État de protection) devront analyser si la simple accessibilité d'un site Internet sur lequel un droit d'auteur est violé suffit pour remplir le critère du risque de matérialisation. Dans un cas où l'atteinte alléguée au droit d'auteur consiste en l'affichage ou en la diffusion sur Internet d'une œuvre sans le consentement de l'auteur, faut-il considérer que la simple accessibilité suffit pour provoquer un risque de matérialisation du dommage ? Ou faut-il un lien plus concret, tel que celui retenu dans l'affaire *Pinckney*, à savoir la possibilité de se procurer une reproduction ? Si la consultation de l'œuvre sur Internet avait été restreinte à certains pays, par des moyens techniques par exemple, cela exclurait-il le risque de matérialisation ?

- 780 Il est intéressant de relever que la notion de risque de matérialisation n'est pas reprise dans le dispositif de l'arrêt. La Cour de justice confirme la compétence des autorités du for lorsque le matériel litigieux est « (...) vendu (...), par l'intermédiaire d'un site Internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie »¹²⁷². Cela signifierait au contraire que la seule accessibilité du site Internet suffit pour fonder la compétence des tribunaux du for¹²⁷³.
- 781 La réponse à cette question a été tranchée par la Cour de justice européenne en 2015 dans son arrêt *Hejduk*.

(c) *Arrêt Hejduk*

- 782 L'affaire *Hejduk* opposait Mme Hejduk, domiciliée à Vienne en Autriche, à la société EnergieAgentur.NRW GmbH, dont le siège se trouvait à Düsseldorf en Allemagne. Mme Hejduk a ouvert action en Autriche contre EnergieAgentur.NRW GmbH pour violation de son droit d'auteur. Elle reprochait à la société allemande d'avoir rendu accessible à la consultation et au téléchargement sur le site Internet de cette dernière des photographies dont elle était l'auteur, et ceci sans son consentement.

¹²⁷² *Idem*, dispositif.

¹²⁷³ USUNIER LAURENCE, Note sur l'affaire *Pinckney*, p. 199.

- 783 Saisi en vertu de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, le *Handelsgericht Wien* a soumis à la Cour de justice européenne une question préjudicielle portant sur l'interprétation du « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » dans le cas d'espèce.
- 784 Dans l'arrêt *Hejduk*, la Cour de justice européenne a confirmé que l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I désignait tant le lieu de la matérialisation du dommage que le lieu de l'évènement causal¹²⁷⁴. Elle a rappelé que si les droits d'auteur sont protégés de manière automatique dans tous les États membres en application de la Directive 2001/29/CE, ces droits n'en restent pas moins territoriaux et peuvent ainsi être violés dans chacun de ces États.
- 785 Au titre de matérialisation du dommage, la Cour de justice européenne s'est référée à l'arrêt *Pinckney* pour affirmer que ce lieu « peut varier en fonction de la nature du droit prétendument violé, mais également que le risque qu'un dommage se matérialise dans un État membre déterminé est subordonné à ce que le droit dont la violation est alléguée soit protégé dans cet État membre »¹²⁷⁵. Le droit d'auteur de Mme Hejduk étant protégé dans l'État du for, soit en Autriche, la Cour de justice a ainsi procédé à l'examen du risque de matérialisation du dommage dans cet État.
- 786 La Cour de justice a retenu une interprétation littérale de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I. Elle a considéré que, contrairement à l'art. 15 par. 1 let. c Règlement Bruxelles I qui impliquait que des activités soient dirigées vers l'État du for, le texte de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I ne comportait pas une telle exigence. Elle en a conclu que « le fait que le site Internet en cause au principal ne soit pas destiné à l'État membre dont relève la juridiction saisie »¹²⁷⁶ était irrelevante et qu'il convenait « de considérer que la matérialisation du dommage et/ou le risque de cette matérialisation découlent de l'accessibilité, dans l'État membre dont relève la juridiction saisie, par l'intermédiaire du site Internet d'EnergieAgentur, des photographies auxquelles s'attachent les droits dont Mme Hejduk se prévaut »¹²⁷⁷. Selon la Cour de justice, les tribunaux autrichiens étaient ainsi compétents pour connaître d'une action en responsabilité pour l'atteinte au droit d'auteur de Mme Hejduk, étant entendu que leur compétence était restreinte aux dommages causés sur leur territoire¹²⁷⁸.

¹²⁷⁴ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 18.

¹²⁷⁵ *Idem*, cons. 29.

¹²⁷⁶ *Idem*, cons. 33.

¹²⁷⁷ *Idem*, cons. 34.

¹²⁷⁸ *Idem*, cons. 38.

- 787 Dans cet arrêt, la Cour de justice a été un peu plus loin que dans son arrêt *Pinckney*¹²⁷⁹. Elle consacre ainsi clairement le principe de l'accessibilité du site Internet. La Cour de justice a confirmé que le lieu où le dommage est survenu, c'est-à-dire le « lieu de matérialisation du dommage », est situé dans l'État dans lequel le site Internet est accessible pour autant que le droit y soit protégé. Il découle de cette jurisprudence que ce lieu peut être localisé dans tous les États membres de l'Union européenne. Premièrement, en vertu de la Directive 2001/29/CE, le droit d'auteur est protégé dans tous ces États, et deuxièmement le site Internet est inévitablement accessible depuis chacun de ces États.
- 788 Selon les conclusions de la Cour de justice européenne, il est désormais possible d'attirer un défendeur devant les tribunaux d'un autre État que ceux de son domicile, alors même que la cause n'entretient pas de liens particuliers avec le for.

iv. Conclusions intermédiaires

(a) En matière d'atteinte à la propriété industrielle

- 789 En matière d'atteinte à la propriété industrielle, et plus particulièrement au droit des marques, la Cour de justice européenne a consacré, dans l'affaire *Wintersteiger*, le principe de l'accessibilité conditionné au fait que le droit de propriété intellectuelle soit protégé dans l'État du for.
- 790 Bien que l'affaire ait concerné une atteinte à une marque, les considérations de la Cour de justice pourraient raisonnablement être transposées aux autres droits constituant la propriété industrielle dans la mesure où ces droits sont, à l'instar des marques, subordonnés à dépôt ou à enregistrement¹²⁸⁰. Les conclusions de la Cour de justice ont néanmoins été rendues dans le cadre restreint d'une atteinte, par le biais d'un moteur de recherche opérant sous un domaine de premier niveau, à une marque enregistrée dans un État membre uniquement. En matière de propriété industrielle, la Cour de justice laisse de nombreuses questions sans réponse¹²⁸¹.
- 791 Il ressort toutefois de l'arrêt *Wintersteiger* que l'interprétation du lieu où le résultat dommageable s'est produit lors d'une atteinte à un droit de propriété industrielle se distingue de l'interprétation donnée dans l'affaire *Shevill* dans la

¹²⁷⁹ SMITH JOEL/NEWTON HEATHER, *Accessibility*, p. 460.

¹²⁸⁰ Dans ce sens, LEIN EVA, *Special Jurisdiction*, ad art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis, n° 4.115, p. 170.

¹²⁸¹ Voir *supra* Chapitre troisième, II, 2, b), iii, (a).

mesure où le for désigné permet au demandeur de requérir la réparation de l'ensemble du dommage et non pas seulement la réparation du dommage subi dans l'État du for. L'interprétation dégagée dans l'affaire *Wintersteiger* se distingue également de la jurisprudence *eDate* qui localisait le lieu du résultat – outre au lieu où le contenu litigieux est accessible – au lieu du centre des intérêts de la victime présumée¹²⁸².

(b) *En matière d'atteinte au droit d'auteur*

- 792 En matière d'atteinte à un droit d'auteur, l'arrêt *Pinckney* pose les premiers jalons de l'interprétation du « lieu où le fait dommageable s'est produit » lors d'atteintes commises par le biais d'Internet¹²⁸³.
- 793 A cet effet, la Cour de justice européenne a examiné si sa jurisprudence antérieure, plus spécialement en matière d'atteinte à la personnalité, pouvait être transposée au contentieux de la propriété intellectuelle. La Cour a ainsi rappelé une distinction de principe : les droits de la personnalité sont protégés dans tous les États membres alors que tel n'est pas le cas des droits de propriété intellectuelle et industrielle¹²⁸⁴.
- 794 S'attardant sur le régime applicable aux droits d'auteur, la Cour a ainsi rappelé que « (...) les droits patrimoniaux d'un auteur sont certes soumis, à l'instar des droits attachés à une marque nationale, au principe de territorialité. Lesdits droits patrimoniaux doivent toutefois être protégés, notamment du fait de la directive 2001/29, de manière automatique dans tous les États membres (...) »¹²⁸⁵. En ce sens, l'étendue de la protection des droits d'auteur est identique à celle des droits attachés à la personnalité : ils sont protégés dans tous les États membres. La Cour de justice s'est toutefois distancée du for au lieu du centre des intérêts de la victime retenu dans son arrêt *eDate* en raison des disparités que présentent les deux matières¹²⁸⁶. Elle a néanmoins conservé une certaine analogie avec l'arrêt *eDate*, dans lequel elle concluait qu'en matière d'atteinte à la personnalité, le demandeur pouvait, au titre de lieu du résultat du dommage, saisir les tribunaux

¹²⁸² Voir à ce sujet LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH Wintersteiger, p. 1017.

¹²⁸³ Cet arrêt n'a toutefois pas fait l'unanimité au sein de la doctrine européenne. Selon HAIMO SCHACK, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 3629, « [d]ie Entscheidung ist dogmatisch und rechtspolitisch falsch ».

¹²⁸⁴ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 36 s.

¹²⁸⁵ *Idem*, cons. 39.

¹²⁸⁶ SUJECKI BARTOSZ, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 867.

de chaque État sur le territoire duquel le site Internet litigieux est accessible¹²⁸⁷. Dans l'affaire *Pinckney*, la Cour de justice a conclu que le demandeur qui s'estime victime d'une atteinte à son droit d'auteur peut ouvrir action devant les tribunaux d'un État membre si celui-ci protège son droit et que le dommage allégué risque de se produire dans cet État, étant entendu qu'en l'occurrence, ce risque découlait de la possibilité de se procurer, dans l'État du for, une reproduction de l'œuvre protégée¹²⁸⁸. Dans la mesure où les droits d'auteurs sont protégés de manière automatique dans tous les États membres et que la possibilité de se procurer une reproduction est donnée si le site Internet en question est accessible dans l'État du for, la Cour de justice avait déjà, à demi-mots, appliqué le critère de l'accessibilité du site Internet. Deux ans plus tard, la Cour de justice européenne est allée un peu plus loin dans son arrêt *Hejduk*, en consacrant de manière claire le critère de l'accessibilité du site Internet en vue de localiser le lieu de la matérialisation du dommage¹²⁸⁹.

- 795 Il découle de ses conclusions que la Cour applique finalement le même critère, soit celui de l'accessibilité, tant pour les atteintes à la personnalité que pour les atteintes aux droits d'auteur commises sur Internet.
- 796 Dans la mesure où les droits d'auteur sont protégés automatiquement¹²⁹⁰ dans tous les États membres de l'Union européenne, les tribunaux de tous les États membres dans lesquels le site Internet litigieux est accessible seront ainsi compétents. Plus précisément, les tribunaux de chaque État membre seront compétents pour connaître du dommage subi sur le territoire du for.

c) Discussion autour des principes jurisprudentiels

- 797 Suite à la période d'incertitude dans laquelle se trouvaient les tribunaux des États membres de l'Union européenne, les récents arrêts de la Cour de justice européenne ont le mérite de clarifier quelque peu la situation. Dans ses derniers arrêts, la Cour de justice a en effet finalement consacré le principe de l'accessibilité – conditionnée à la protection du droit de propriété intellectuelle dans l'État du for – (i) aux fins de déterminer le lieu où le résultat s'est produit lors d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle sur Internet, renonçant de la

¹²⁸⁷ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 52. La Cour de justice a toutefois ouvert, en matière d'atteintes à la personnalité, un autre for (que celui de l'accessibilité) au lieu du centre des intérêts de la victime présumée, dont les tribunaux sont compétents pour se prononcer sur l'ensemble du dommage.

¹²⁸⁸ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 43 s.

¹²⁸⁹ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 34.

¹²⁹⁰ En vertu de la Directive 2001/29/CE.

sorte à une localisation au lieu du centre des intérêts de la victime (ii) et au lieu ciblé par le site Internet (iii).

i. Localisation au lieu où le site Internet est accessible

798 Le critère basé sur l'accessibilité, tel que consacré par la Cour de justice européenne, avait également été initialement retenu au niveau national par certains tribunaux des États membres.

(a) Arguments en faveur du critère de l'accessibilité

799 Les raisons avancées par les tribunaux pour retenir le critère de l'accessibilité sont, dans un premier temps, pragmatiques. Ce sont des motifs d'efficacité et de rapidité qui ont motivé les tribunaux à adopter ce critère au stade de la détermination du juge compétent. Une compétence basée sur la simple accessibilité permet en effet d'éviter la prise en compte de considérations techniques relevant d'un examen au fond¹²⁹¹ et ainsi « l'enlisement de débats procéduraux sans fin »¹²⁹². Et la Cour de cassation française de relever à ce sujet qu'« il s'agit d'abord de trouver rapidement un juge compétent, ce pourra être un juge français, si le site incriminé est accessible dans notre pays, peu important, à ce stade, le contenu de ce site, et même le fait qu'il puisse être passif, du moment que le dommage se rattache au territoire national ; il s'agit ensuite, au fond cette fois, d'examiner concrètement ce que dit ce site, afin d'apprécier s'il permet au consommateur français l'accès au produit dont la diffusion est interdite en France sous la marque considérée »¹²⁹³.

800 Un autre argument avancé tient à la nature des actions entrant dans le champ d'application de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* et à la distinction entre l'examen de la compétence et l'examen au fond du litige. L'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* inclut en effet les actions dites préventives, de sorte que le fait que la simple accessibilité d'un site Internet suffise pour fonder la compétence des tribunaux du for n'aurait pas d'influence sur l'examen au fond. Admettre la compétence des autorités du for ne préjugerait ainsi en rien de l'issue du litige¹²⁹⁴.

¹²⁹¹ HYE-KNUDSEN REBEKKA, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen, p. 93.

¹²⁹² Cour de cassation, Rapport annuel 2005, p. 65. Dans ce sens également PRÉS XAVIER, Aff. Pinckney, p. 18.

¹²⁹³ Cour de cassation, Rapport annuel 2005, p. 65.

¹²⁹⁴ CHABERT CYRIL, Site passif et site actif, p. 35.

- 801 La condition de la simple accessibilité maintiendrait de surcroît la différenciation originelle entre l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* et l'art. 17 par. 1 let. c) Règlement Bruxelles *Ibis* qui exige, dans les relations avec un consommateur, que l'activité du professionnel soit « dirigée » vers l'État du for¹²⁹⁵.

(b) *Conséquences*

- 802 Les conséquences liées à l'application du principe de l'accessibilité sont diverses et variées.

(1) **Forum actoris**

- 803 Le critère de rattachement de l'accessibilité du site Internet a l'avantage de favoriser les titulaires de droits de propriété intellectuelle¹²⁹⁶, car ils pourront ainsi ouvrir action devant les tribunaux de leur État de domicile¹²⁹⁷. Cette possibilité ouvre ainsi la porte du *forum actoris*. Cette compétence a pourtant fait l'objet de critiques, tant au niveau des États membres que de la Cour de justice elle-même. Selon la doctrine majoritaire allemande par exemple, le for ainsi ouvert irait à l'encontre du principe général de l'art. 2 par. 1 Règlement Bruxelles I et contreviendrait à l'exigence de proximité de la cause avec le for¹²⁹⁸.
- 804 De la même manière, cette compétence n'avait, jusqu'à présent, pas emporté l'assentiment de la Cour de justice européenne¹²⁹⁹. Ce for n'avait d'ailleurs pas été retenu lors des débats précédant l'adoption des différents instruments internationaux¹³⁰⁰. En ce sens, les récents arrêts de la Cour de justice européenne semblent désormais amorcer une légère réhabilitation du *forum actoris*, atténuant de ce fait l'*horror fori actoris*¹³⁰¹ qui régnait jusqu'à présent. Selon KAUFMANN-

¹²⁹⁵ Dans ce sens, arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 42.

¹²⁹⁶ Dans ce sens, SMITH JOEL/LERICHE ALEXANDRA, Aff. *Pinckney*, p. 138.

¹²⁹⁷ SMITH JOEL/NEWTON HEATHER, *Accessibility*, p. 460.

¹²⁹⁸ HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 75 s., et les références citées.

¹²⁹⁹ Arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 13.

¹³⁰⁰ Voir à ce sujet, ANCEL MARIE-ÉLODIE, *Juge de la contrefaçon*, p. 173 ; MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 400.

¹³⁰¹ LEHMANN MATTHIAS, *Special Jurisdiction*, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.27, p. 141.

KOHLER, « [l]e demandeur n'est mal aimé qu'en apparence »¹³⁰². L'auteur relève à ce sujet que l'ère numérique contraint à repenser les solutions passées¹³⁰³.

- 805 Selon la doctrine, et dans la mesure du possible, il convient néanmoins de privilégier l'interprétation des critères de rattachement excluant la possibilité pour le demandeur d'ouvrir action devant les tribunaux de son domicile¹³⁰⁴.

(2) Compétence « universelle »

- 806 Appliqué de manière générale – hors contexte européen – le principe de l'accessibilité implique, dans la mesure où Internet est accessible partout dans le monde, une compétence universelle¹³⁰⁵.

- 807 A l'échelle européenne, ce principe doit être nuancé selon que la violation porte sur un droit d'auteur ou sur un droit de propriété industrielle. En matière de droit d'auteur, le critère de l'accessibilité a pour conséquence que tous les États membres de l'Union européenne sont potentiellement compétents¹³⁰⁶. Dans l'hypothèse où la violation porte sur un droit de propriété industrielle, sont compétents tous les tribunaux des États membres dans lesquels le droit est enregistré.

- 808 La multitude de foras ouverts par le principe de l'accessibilité entre en conflit avec la condition selon laquelle l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles – et ainsi l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis – ne devrait pas être interprété de façon extensive « au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant déjà causé un dommage effectivement survenu dans un autre État »¹³⁰⁷. Selon GRÜNBERGER, une telle compétence pourrait ainsi être qualifiée d'exorbitante¹³⁰⁸.

¹³⁰² KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 117 s.

¹³⁰³ KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 118. L'auteur ajoute que d'autres principes, tels que celui du *forum non conveniens* pourraient être appliqués au titre de « soupape de sécurité ».

¹³⁰⁴ LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles Ibis, n° 4.27, p. 141.

¹³⁰⁵ BÄNHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 29 ss. L'auteur rappelle que la compétence universelle ainsi créée lui a ainsi valu la dénomination de « *fliegenden Gerichtsstand* ».

¹³⁰⁶ Dans la mesure où le droit d'auteur est protégé dans tous les États membres en vertu de la Directive 2001/29/CE.

¹³⁰⁷ Arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 14.

¹³⁰⁸ GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 62.

- 809 De surcroît, cette compétence quasi-universelle soulève des interrogations au niveau de la prévisibilité des règles de conflit de juridictions et de la sécurité du droit. Il est à douter que ce raisonnement résiste à l'examen de la condition de prévisibilité des règles de compétence prévues par la Convention de Bruxelles et les Règlements postérieurs¹³⁰⁹. Il est opportun de rappeler que la Convention de Bruxelles avait pour objectif la sécurité juridique ainsi que la protection des personnes établies sur le territoire des États membres¹³¹⁰. Ces principes exigent « que les règles de compétence qui dérogent au principe général de la convention de Bruxelles énoncé à son article 2, (...), soient interprétées de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l'État de son domicile, il pourrait être attrait »¹³¹¹. Or, il résulte de la compétence quasi-universelle telle que voulue par la Cour de justice que le défendeur ne peut raisonnablement pas prévoir où il sera attrait en justice et se verra, potentiellement et de manière arbitraire, contraint de plaider devant les tribunaux d'un État qui lui est totalement étranger¹³¹².
- 810 De manière plus générale, ce principe peut avoir des répercussions sur le commerce électronique, puisque même les personnes souhaitant s'adresser aux internautes des États tiers (en dehors de l'Europe), pourraient être attirées devant les juridictions européennes par le simple fait que le site Internet est accessible dans l'État du for. La Cour de justice avait ainsi relevé, concernant une place de marché en ligne, que « si l'accessibilité, sur ledit territoire, d'une place de marché en ligne suffisait pour que les annonces y affichées relèvent du champ d'application de la directive 89/104 et du règlement n° 40/94, des sites et des annonces qui, tout en étant à l'évidence destinés exclusivement à des consommateurs situés dans des États tiers, sont néanmoins techniquement accessibles sur le territoire de l'Union seraient indûment soumis au droit de l'Union »¹³¹³.

(3) Forum shopping

- 811 La compétence universelle créée par l'application du critère de l'accessibilité entraîne comme corollaire le fait que le demandeur peut choisir, parmi toutes les possibilités qui lui sont offertes, les tribunaux qu'il considère les plus à même de

¹³⁰⁹ Sur la condition de prévisibilité, voir arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 19, et les références citées.

¹³¹⁰ Arrêt *Besix SA*, CJCE, cons. 25 ss (concernant une responsabilité contractuelle).

¹³¹¹ *Idem*, cons. 26.

¹³¹² BETTINGER T./THUM D., *Global Village*, p. 666 ; METZGER AXEL, *Germany*, p. 592 ; MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 400.

¹³¹³ Arrêt *L'Oréal SA*, CJUE, cons. 64.

servir ses intérêts. La pratique du *forum shopping*, soit le fait de choisir son for en fonction de ses intérêts, est une pratique pourtant décriée en droit européen¹³¹⁴. Les raisons avancées à son encontre sont de plusieurs ordres.

- 812 Premièrement le *forum shopping* entraîne une insécurité juridique pour le défendeur qui peut, de manière arbitraire, être attiré devant n'importe quel tribunal qui, en principe, sera plutôt favorable au demandeur dans la mesure où ce dernier l'a choisi. Si tel ne devait pas être le cas (parce que le droit applicable est moins favorable au demandeur ou parce que le tribunal limite sa compétence aux dommages ayant eu lieu sur son territoire), le défendeur est néanmoins amené à plaider dans l'État choisi par le demandeur et supporte le risque de son défaut¹³¹⁵. Le demandeur peut, de son côté, librement choisir le for qui lui semble le plus favorable pour mener sa procédure, sans considération aucune d'un éventuel lien avec la cause¹³¹⁶.
- 813 De manière plus générale, la pratique du *forum shopping* créée par l'application du principe de l'accessibilité engendre une situation « intenable pour n'importe quel média présent sur Internet »¹³¹⁷.
- 814 À noter toutefois que l'importance du *forum shopping* est nuancée par le fait que la compétence du tribunal est limitée au dommage subi dans l'État du for¹³¹⁸.

(4) Le dommage

(A) Evaluation du dommage initial

- 815 Dans la mesure où la compétence juridictionnelle est uniquement basée sur l'accessibilité du site Internet dans un État, sans aucun autre lien particulier avec

¹³¹⁴ Voir les Conclusions de l'avocat général NIILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 67, dans lesquelles M. JÄÄSKINEN relève qu'un « tel point de rattachement encouragerait le forum shopping, à rebours de la jurisprudence de la Cour, qui a constamment tenté d'endiguer ce risque dans son interprétation du règlement n° 44/2001 [Règlement Bruxelles I] ». Voir également ROSATI ELEONORA, Aff. *Pinckney*, p. 19.

¹³¹⁵ SMITH JOEL/NEWTON HEATHER, *Accessibility*, p. 460.

¹³¹⁶ Voir dans ce sens également METZGER AXEL, *Intellectual Property Infringements on the Internet*, p. 255 s.

¹³¹⁷ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 29 mars 2011 dans l'affaire *eDate*, CJUE, cons. 56.

¹³¹⁸ Voir à ce sujet HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 67 ss ; ROSATI ELEONORA, Aff. *Pinckney*, p. 19 ; ROTH WULF-HENNING, *Anmerkung zu EuGH eDate*, p. 220 s.

le for, le dommage subi dans cet État sera difficilement quantifiable¹³¹⁹. Comme l'a très justement relevé l'avocat général dans l'affaire *Hejduk*, « [s]i le droit d'auteur de Mme Hejduk est effectivement protégé en Autriche et si ses photographies reproduites et distribuées sans son autorisation peuvent être vues sur Internet en Autriche, il est difficile, voire impossible, de déterminer le dommage subi dans ce seul État membre »¹³²⁰.

- 816 Dans la Convention de Bruxelles et les instruments subséquents, seul doit être pris en considération le dommage initial¹³²¹. En matière de propriété intellectuelle, la simple reproduction sans droit représente déjà et à elle seule une atteinte¹³²². L'évaluation du dommage est ainsi complexe dans la mesure où, en matière de propriété intellectuelle, il peut y avoir une violation sans préjudice économique ou pertes financières. Le dommage initial et le dommage économique ne coïncident pas nécessairement¹³²³. Alors que le dommage économique est en principe aisément quantifiable, la détermination du dommage initial et *a fortiori* du lieu du résultat dommageable (par opposition au lieu de l'événement causal) n'en sont ainsi que plus ardues¹³²⁴.
- 817 Il est en effet à craindre que le calcul du dommage initial, limité à celui subi dans l'État du for, soit quelque peu problématique dans la mesure où il n'y a justement aucun lien, donc aucune répercussion ou impact quelconque dans l'État du for¹³²⁵. Selon la Cour de justice européenne, les juridictions des États membres « sont en principe compétentes, au regard de l'article 5, point 3, du règlement et du principe de territorialité, pour connaître du dommage causé sur le territoire de leur État membre respectif, et (...) sont mieux placées, d'une part, pour évaluer s'il est effectivement porté atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre concerné et, d'autre part, pour déterminer la nature du dommage qui a

¹³¹⁹ GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, *Aspects actuels*, p. 736 ; SMITH JOEL/NEWTON HEATHER, *Accessibility*, p. 460.

¹³²⁰ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 11 septembre 2014 dans l'affaire *Hejduk*, cons. 39.

¹³²¹ Arrêt *Dumez*, CJCE, cons. 15 ss. Voir à ce sujet, NUYTS ARNAUD, *Place of Infringement*, p. 121 s., et les références citées.

¹³²² C'est par exemple le cas lorsqu'aucune vente n'est effectuée ou livrée dans l'État du for. Le dommage est ainsi plus général. Voir à ce sujet SMITH JOEL/NEWTON HEATHER, *Accessibility*, p. 460.

¹³²³ KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, *Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?*, p. 116. L'auteur localise par ailleurs le dommage économique au domicile ou au siège du demandeur.

¹³²⁴ Voir à ce sujet, LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, *Anmerkung zu EuGH Wintersteiger*, p. 1017.

¹³²⁵ BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 30 s.

été causé »¹³²⁶. Il n'est pas évident, à première vue, que les exigences liées à la bonne administration de la justice et à l'organisation utile du procès qui militent pour un critère de rattachement ayant un « lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et les juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire »¹³²⁷ soient respectées en l'occurrence¹³²⁸. Il n'est en effet pas certain que l'autorité de l'un ou l'autre des États membres se considère, dans le cas d'une atteinte globale telle que celle commise sur Internet, comme « la juridiction objectivement la mieux placée pour apprécier si les éléments constitutifs de la responsabilité de la personne atraite sont réunis »¹³²⁹.

- 818 Dans l'affaire *Hejduk*, l'avocat général a, pour ces raisons, conclu que le for au lieu du résultat dommageable pouvait s'avérer inopérant lorsque le dommage était « délocalisé »¹³³⁰. Selon lui, dans une telle circonstance, il convient d'écarter le lieu du résultat dommageable pour ne prendre en considération que le lieu de l'évènement causal, seul for conforme aux objectifs du Règlement Bruxelles I¹³³¹.
- 819 Les différentes juridictions saisies de litiges en matière de contrefaçon sur Internet qui se sont éloignées du principe de l'accessibilité ont d'ailleurs élevé certaines critiques à son encontre. Les juridictions françaises ont ainsi craint que le défendeur ne soit exposé à un harcèlement procédural, dont l'action au fond n'aurait de toute manière aucune chance de succès, faute de dommage caractérisé dans l'État du for¹³³². De surcroît, dans l'hypothèse où le tribunal devrait se déclarer compétent au titre de « lieu du fait dommageable », du fait de la simple accessibilité d'un site Internet, la position du défendeur sur le fond du litige serait péjorée, car ce tribunal aurait en quelque sorte, à tout le moins implicitement, accueilli l'idée d'une contrefaçon sur son sol¹³³³.

(B) Réparation du dommage

- 820 La compétence du tribunal relative à la réparation du dommage lors d'atteintes plurilocalisées avait été délimitée dans l'arrêt de principe *Shevill*. Selon la Cour

¹³²⁶ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 46. Ce considérant a également été repris dans l'arrêt *Hi Hotel*, CJUE, cons. 39.

¹³²⁷ Voir not. arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 19.

¹³²⁸ Dans ce sens également MÜLLER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH *Hi Hotel*, p. 434.

¹³²⁹ Voir not. arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 20.

¹³³⁰ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 11 septembre 2014 dans l'affaire *Hejduk*, cons. 40.

¹³³¹ *Idem*, cons. 41.

¹³³² Voir à ce sujet, ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 171.

¹³³³ Cour de cassation, Rapport annuel 2005, p. 64.

de justice européenne, le tribunal saisi au titre de lieu du résultat dommageable est compétent pour se prononcer sur le dommage éprouvé dans l'État du for alors que le tribunal saisi au titre de lieu de l'évènement causal est compétent pour se prononcer sur l'ensemble du dommage subi par la victime¹³³⁴.

- 821 En matière d'atteinte à un droit d'auteur, les arrêts *Pinckney*¹³³⁵ et *Hejduk*¹³³⁶ reprennent la compétence limitée au dommage éprouvé dans l'État du for – au lieu du résultat dommageable – telle que décidée dans l'arrêt *Shevill*.
- 822 En matière d'atteinte aux droits de propriété industrielle, plus particulièrement au droit des marques, la Cour de justice a, dans son arrêt *Wintersteiger*, considéré que les tribunaux de l'État d'enregistrement (dans lequel le site Internet est accessible) sont compétents pour connaître de l'entier du dommage éprouvé¹³³⁷. La possibilité d'ouvrir action au titre de lieu du résultat du dommage pour l'ensemble du dommage avait été introduite dans l'affaire *eDate*, qui concernait une atteinte à la personnalité. Dans l'affaire *Wintersteiger*, la Cour de justice européenne a ainsi repris ce for tout en adaptant sa localisation aux litiges portant sur la propriété intellectuelle¹³³⁸. Pourtant dans l'affaire *eDate*, la Cour de justice avait également attribué une compétence – alternative – aux tribunaux du lieu où le contenu attentatoire à la personnalité est accessible, lesquels ont été considérés comme compétents pour se prononcer sur le seul dommage subi dans l'État du for¹³³⁹. Or cette compétence n'a pas été évoquée dans l'affaire *Wintersteiger*. Se pose ainsi la question de la réelle intention de la Cour de justice relative au pouvoir de cognition.
- 823 Si l'on s'en tient à une interprétation littérale et systématique de l'arrêt *Wintersteiger*, c'est un for pour l'ensemble du préjudice subi qui devrait être retenu¹³⁴⁰. Ce for se distinguerait ainsi de celui issu de l'arrêt *Shevill*, au lieu du résultat du dommage, limité au dommage subi dans l'État du for¹³⁴¹. Selon une

¹³³⁴ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 33.

¹³³⁵ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 45.

¹³³⁶ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 36.

¹³³⁷ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 28. Dans ce sens également, DIETZE JAN, Anmerkung zu EuGH *Wintersteiger*, p. 516.

¹³³⁸ DIETZE JAN, Anmerkung zu EuGH *Wintersteiger*, p. 516.

¹³³⁹ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 47 et 51.

¹³⁴⁰ Dans ce sens DIETZE JAN, Anmerkung zu EuGH *Wintersteiger*, p. 516. Cette conclusion divise toutefois la doctrine. Selon LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH *Wintersteiger*, p. 1018, il serait « fatal, den EUGH in diesem Sinne verstehen zu wollen ».

¹³⁴¹ Ce constat est toutefois plus théorique que pratique, dans la mesure où la Cour de justice a confiné la protection de la marque au territoire de l'État dans lequel elle était enregistrée, soit en l'Allemagne en l'occurrence, de sorte que seuls les tribunaux allemands pouvaient être compétents pour se prononcer sur l'ensemble du dommage subi.

partie de la doctrine, *a contrario*, la possibilité pour le tribunal du for de se prononcer sur l'ensemble du dommage subi doit être entendue comme la possibilité de se prononcer sur l'ensemble du dommage subi dans l'État d'enregistrement¹³⁴². Cette compétence limitée ne serait ainsi pas étendue à l'ensemble du dommage éprouvé si le droit était enregistré dans plusieurs États¹³⁴³.

- 824 L'attribution de la compétence à l'État d'enregistrement de la marque est ainsi plus délicate lorsque ledit droit est enregistré dans plusieurs États¹³⁴⁴. Dans une telle éventualité, les juridictions de tous les États dans lesquels le droit est enregistré sont-elles compétentes pour se prononcer sur l'intégralité du dommage ? Sont-elles compétentes par le simple fait que le droit y est protégé ou faut-il un autre lien de connexité avec le for ?
- 825 Une esquisse de réponse peut être trouvée dans l'arrêt *Pinckney* qui est alors appliqué par analogie. En effet, dans cet arrêt relatif à la violation d'un droit d'auteur, la Cour de justice européenne a relevé que « dès lors que la protection accordée par l'État membre de la juridiction saisie ne vaut que pour le territoire dudit État membre, la juridiction saisie n'est compétente que pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève »¹³⁴⁵. Et la Cour de justice d'ajouter que « si cette juridiction était également compétente pour connaître du dommage causé sur les territoires d'autres États membres, elle se substituerait aux juridictions de ces États, alors que ces dernières sont en principe compétentes, au regard de l'article 5, point 3, du règlement et du principe de territorialité, pour connaître du dommage causé sur le territoire de leur État membre respectif, et qu'elles sont mieux placées, d'une part, pour évaluer s'il est effectivement porté atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre concerné et, d'autre part, pour déterminer la nature du dommage qui a été causé »¹³⁴⁶. En effet, si les droits d'auteur sont protégés de manière automatique dans tous les États membres en vertu de la Directive 2001/29/CE, ils sont susceptibles d'être violés dans chacun d'eux de manière distincte¹³⁴⁷. D'un point de vue délictuel, les droits de propriété industrielle enregistrés ou déposés dans plusieurs États sont soumis au même régime que les droits d'auteur, également protégés dans ces mêmes États. Il n'y a ainsi aucune raison d'appliquer des critères différents pour ces deux catégories de droits.

¹³⁴² LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH Wintersteiger, p. 1018.

¹³⁴³ GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 60 ss.

¹³⁴⁴ DIETZE JAN, Anmerkung zu EuGH Wintersteiger, p. 516.

¹³⁴⁵ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 45. Dans ce sens également, arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 36.

¹³⁴⁶ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 46. Dans ce sens également, arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 37.

¹³⁴⁷ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 39. Dans ce sens également, arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 22.

- 826 Nous pensons ainsi que dans l'affaire *Wintersteiger*, la Cour de justice européenne serait probablement arrivée à une conclusion différente – s'agissant de l'étendue de la réparation du dommage – si la marque avait été enregistrée dans plusieurs États¹³⁴⁸. Les principes de l'arrêt *Shevill* trouveraient ainsi application : les tribunaux du lieu du résultat dommageable sont compétents pour connaître du dommage subi uniquement dans l'État du for. Le demandeur doit ainsi ouvrir action dans chacun des États dans lesquels le droit est enregistré (cas échéant) pour obtenir la réparation du dommage y relatif. Une réparation de l'ensemble du dommage subi ne pourra être demandée qu'au for de l'évènement causal ou au for général du domicile du défendeur au sens de l'art. 4 ch. 1 Règlement Bruxelles *Ibis*¹³⁴⁹.
- 827 Finalement, il convient de rappeler à ce stade le cas particulier des marques de l'Union européenne et des brevets de l'Union européenne, qui font l'objet d'une compétence internationale particulière ne permettant pas au demandeur d'ouvrir action devant les tribunaux du lieu du résultat dommageable¹³⁵⁰.

ii. Localisation au centre des intérêts de la victime

- 828 Le for au centre des intérêts de la victime, au sens de l'arrêt *eDate*, a été définitivement exclu en matière de violation d'un droit de propriété intellectuelle sur Internet¹³⁵¹. Il est intéressant de relever que ce for, controversé au sein de la doctrine, représente également une forme de *forum actoris*¹³⁵². Il sera ainsi intéressant de suivre l'évolution de ce critère.

iii. Localisation au lieu ciblé par le site Internet

- 829 Un critère basé sur une volonté subjective du défendeur de cibler un territoire en particulier semble, au vu de ses derniers arrêts, avoir été écarté par la Cour de justice européenne.

¹³⁴⁸ Dans ce sens également, LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH *Wintersteiger*, p. 1019.

¹³⁴⁹ GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH *Pinckney*, p. 60.

¹³⁵⁰ Voir *supra* Chapitre deuxième, III, B, 3.

¹³⁵¹ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 24 s. Dans ce sens également, KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, *Ubiquitous copyright infringements*, p. 17.

¹³⁵² LEIN EVA, *Special Jurisdiction*, ad art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.74, p. 157, et les références citées.

830 Dans l'affaire *eDate*, le for au centre des intérêts de la victime d'une atteinte à sa personnalité avait été ajouté aux fors traditionnels dégagés dans l'affaire *Shevill* en vue de concilier au mieux les objectifs du Règlement Bruxelles I et la nature ubiquitaire d'Internet. Selon l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, le for au centre des intérêts de la victime répond aux objectifs du Règlement Bruxelles I dans la mesure où il représente le centre de gravité du conflit¹³⁵³. Bien que les considérations qui ont été apportées à l'appui de ce critère concernant un type particulier d'atteintes – à savoir les atteintes fondamentales à la vie privée – certaines considérations peuvent néanmoins être appliquées *mutatis mutandis* aux autres types d'atteintes, telle que la contrefaçon. Selon l'avocat général, il convient de déterminer dans quel État l'information litigieuse est objectivement pertinente. Un critère basé sur une volonté subjective ne peut servir que d'indice sur la direction de l'information souhaitée par le défendeur, au même titre que la langue du site Internet par exemple, mais ne doit pas constituer un critère à part entière¹³⁵⁴. L'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, a ainsi relevé que la lettre de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I exclut un critère basé sur l'intentionnalité. Selon lui, cette disposition diffère en effet de l'art. 15 par. 1 let. c) Règlement Bruxelles I, applicable aux contrats conclus avec des consommateurs, qui prévoit expressément que le cocontractant du consommateur doit avoir dirigé ses activités vers l'État sur le territoire duquel le consommateur est domicilié. De l'avis de l'avocat général, dans la mesure où l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I ne prévoit pas une telle condition, le critère de l'intentionnalité ne peut pas être utilisé pour déterminer la compétence à ce titre¹³⁵⁵. Il convient de relever à ce sujet que l'art. 15 par. 1 let. c) Règlement Bruxelles I a été voulu dans le contexte particulier des relations entre professionnels et consommateurs, dans un but de protection de la partie faible. Or, dans les litiges en matière de propriété intellectuelle, le rapport de force est différent, les parties étant souvent toutes deux professionnelles¹³⁵⁶. Un rapprochement ou à tout le moins une référence à la jurisprudence issue de l'art. 15 par. 1 Règlement Bruxelles I sont souvent observés lorsque le critère du ciblage est avancé en vue d'interpréter l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I. Cette

¹³⁵³ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 29 mars 2011 dans l'affaire *eDate*, CJUE, cons. 55 ss.

¹³⁵⁴ *Idem*, cons. 65.

¹³⁵⁵ *Idem*, cons. 62.

¹³⁵⁶ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.78, p. 558 s.

analogie est parfois directe et affirmée¹³⁵⁷, mais parfois, elle est opérée de manière plus opaque¹³⁵⁸.

- 831 Quelques années plus tard, la Cour de justice européenne a définitivement écarté un critère basé sur le ciblage en rappelant que, contrairement à l'art. 15 § 1 let. c) Règlement Bruxelles I, l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I « n'exige pas que le site en cause soit 'dirigé vers' l'État membre de la juridiction saisie »¹³⁵⁹.
- 832 Pourtant, nombreuses sont les voix qui prônent un critère de rattachement exigeant des liens plus étroits avec l'État du for que la simple accessibilité du site Internet pour fonder la compétence des autorités saisies¹³⁶⁰. Pour certains il s'agit de « focalisation »¹³⁶¹, pour d'autres il s'agit de « ciblage »¹³⁶², ou de « centre de gravité »¹³⁶³, d'autres encore requièrent un « lien suffisant, substantiel ou significatif »¹³⁶⁴ avec le for, ou à tout le moins une certaine forme de lien de causalité entre la mise en ligne incriminée et le dommage¹³⁶⁵. Ce lien étroit peut prendre d'autres formes, telles que la nécessité de « s'adresser » à un public en particulier¹³⁶⁶, ou alors, de tenir compte du public visé¹³⁶⁷ ou des effets ressentis dans l'État du for¹³⁶⁸.
- 833 En matière de droit d'auteur, selon l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, la particularité des atteintes à ce droit commises par le biais d'Internet ne nécessite pas une révolution de l'approche traditionnelle, mais une nouvelle manière d'appréhender les différents critères de rattachement. NILO JÄÄSKINEN a ainsi proposé une nouvelle définition « de la manière dont le lien entre un comportement virtuel et un territoire donné se manifeste »¹³⁶⁹. Selon l'avocat

¹³⁵⁷ Voir par ex. les Conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 64 ; GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH *Pinckney*, p. 62.

¹³⁵⁸ Voir par ex. PRÈS XAVIER, Aff. *Pinckney*, p. 16.

¹³⁵⁹ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 32. Dans ce sens également, arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 42.

¹³⁶⁰ Voir par ex. GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH *Pinckney*, p. 62 ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 400.

¹³⁶¹ CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt *Cristal*, p. 636 ss. Voir également dans ce sens les Conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 59.

¹³⁶² HYE-KNUDSEN REBEKKA, Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen, p. 104 s.

¹³⁶³ EDWARDS LILIAN, Where on earth do things happen in Cyberspace, p. 109 s.

¹³⁶⁴ Tel est le cas des tribunaux français : arrêt *Hugo Boss*, C. cass. ; arrêt *Google c. Axa*, CA Paris.

¹³⁶⁵ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 171.

¹³⁶⁶ Arrêt *Euromarket c. Peters and Crate*, High Court of Justice.

¹³⁶⁷ Arrêt *Hotel Maritime*, BGH.

¹³⁶⁸ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH.

¹³⁶⁹ Conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 50.

général, l'approche de la focalisation serait la plus propice à appréhender ce lien. Dans la mesure où le territoire du for a été intentionnellement ciblé par l'auteur de l'atteinte, la compétence des tribunaux serait ainsi limitée aux dommages subis sur ce territoire¹³⁷⁰. Selon M. NILO C, cette approche correspond à la localisation retenue au niveau matériel et permettrait ainsi de conserver un certain parallélisme¹³⁷¹.

- 834 Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Wintersteiger*, l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, a relevé que bien que le lieu de matérialisation du dommage ne puisse se situer que dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle, « l'existence d'une information dommageable sur Internet ne suffit pas à admettre la compétence du tribunal de l'État membre dans lequel la marque est enregistrée »¹³⁷². Selon l'avocat général, la localisation du lieu de matérialisation du dommage (de même que le lieu de l'évènement causal) doit résulter d'un examen approfondi de tous les critères du cas d'espèce¹³⁷³. Il est intéressant de relever que l'avocat général s'est notamment référé à la jurisprudence américaine et plus spécifiquement aux affaires *McBee c. Delica Co.* et *Zippo* pour établir un critère basé sur l'incidence effective dans l'État du for de l'atteinte commise sur Internet.

3. Lieu de l'évènement causal

- 835 Après avoir déterminé comment était interprété le « lieu du résultat dommageable », il convient de se pencher sur la localisation des actes qui peuvent être retenus au titre de « lieu de l'évènement causal ».
- 836 Dans l'affaire *Shevill*, la Cour de justice européenne a conclu que ce lieu « ne peut être que le lieu d'établissement de l'éditeur de la publication litigieuse, en tant qu'il constitue le lieu d'origine du fait dommageable, à partir duquel la diffamation a été exprimée et mise en circulation »¹³⁷⁴.
- 837 Deux options sont envisageables. La première revient à considérer que cette jurisprudence est directement transposable, même pour des litiges commis sur

¹³⁷⁰ *Idem*, cons. 64.

¹³⁷¹ *Idem*, cons. 63.

¹³⁷² Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*, CJUE, cons. 25.

¹³⁷³ *Idem*, cons. 27 ss. Dans ce sens également HAIMO SCHACK, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 3630.

¹³⁷⁴ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 24.

Internet. La seconde consiste à s'en distancer quelque peu en raison des disparités que présentent les situations en cause.

a) *Jurisprudence nationale*

- 838 Dans la majorité des cas examinés ci-dessus, les tribunaux qui se sont prononcés sur l'interprétation du « lieu où le fait dommageable s'est produit » au sens de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis se sont limités à mentionner la possibilité d'ouvrir action au lieu de l'évènement causal¹³⁷⁵. Dans la majorité des arrêts, les tribunaux se sont en effet concentrés sur la détermination du lieu où le résultat dommageable est survenu¹³⁷⁶.
- 839 Dans certains cas, le raisonnement ainsi que la formulation des arrêts ne permettent pas une distinction aisée entre le lieu du résultat du dommage et le lieu de l'évènement causal. Les tribunaux se sont en effet écartés de l'approche traditionnelle de localisation du critère de rattachement en vue d'appliquer une approche globale visant à déterminer où se situe l'acte de contrefaçon¹³⁷⁷. C'est le cas de l'arrêt *Bonnier* dans lequel le tribunal a relevé que « *the Scottish courts have jurisdiction (...) to interdict a threatened wrong that is likely to produce a harmful event within Scotland* »¹³⁷⁸. Dans l'affaire *Boss Zigaretten*, la Haute Cour autrichienne a rappelé que le propriétaire de la marque bénéficiait d'un usage exclusif sur le territoire autrichien (« *Vorbehalten ist dem Markeninhaber die Benutzung der Marke im inländischen Verkehr (...)* »)¹³⁷⁹. La Haute Cour a ainsi conclu que si la marque figurant sur Internet devait être considérée comme utilisée (« *benutzt* ») sur le territoire autrichien, cela entraînerait non seulement l'application du droit autrichien des marques, mais également la compétence internationale des autorités autrichiennes¹³⁸⁰. Elle a ainsi examiné quels étaient les actes pouvant être considérés comme contraires au droit des marques autrichien afin de les localiser (en Autriche).

¹³⁷⁵ Voir not. arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH ; arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001 ; arrêt *Hotel Maritime*, BGH.

¹³⁷⁶ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, a).

¹³⁷⁷ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.83, p. 560 ss.

¹³⁷⁸ Arrêt *Bonnier*, Court of Session of Scotland, in : ETMR, p. 1061. Voir au sujet de cet arrêt FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.84, p. 560 s.

¹³⁷⁹ Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001, p. 849.

¹³⁸⁰ *Ibidem*.

- 840 En France, les tribunaux saisis d'une action en contrefaçon sur Internet ont localisé le lieu de l'évènement causal au lieu de l'établissement du contrefacteur¹³⁸¹. La Cour de cassation française a ainsi retenu dans l'affaire *Cristal* qu'il revient au demandeur de choisir d'« exercer son action soit devant la juridiction de l'État du lieu d'établissement de l'auteur de la contrefaçon, compétente pour réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte, soit devant la juridiction de l'État contractant dans lequel l'objet de la contrefaçon se trouve diffusé, apte à connaître seulement des dommages subis dans cet État »¹³⁸².
- 841 En Allemagne, le lieu où se situe le serveur (« *Standort des Servers* ») a par exemple été retenu par certains tribunaux¹³⁸³.
- 842 Les arrêts des tribunaux des États membres de l'Union européenne ont été rendus avant la prise de position de la Cour de justice européenne relative à l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I lors de violations de droits de propriété intellectuelle en ligne. Nous allons ainsi étudier, dans le prochain chapitre, quelle est l'interprétation du « lieu de l'évènement causal » décidée par la Cour de justice européenne.

b) En droit européen

i. Lieu d'établissement du contrefacteur

- 843 Une application rigoureuse des principes dégagés dans l'affaire *Shevill* localiserait le lieu de l'évènement causal au lieu d'établissement de l'éditeur de la publication¹³⁸⁴, soit, transposé à la nature d'Internet, au lieu d'établissement de la personne qui a mis en ligne les informations litigieuses.

(a) Arrêt eDate

- 844 Dans l'affaire *Shevill*, la Cour de justice européenne avait considéré qu'en cas d'atteinte à la personnalité causée par une publication diffamatoire, la victime pouvait ouvrir action – outre devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la victime prétend avoir subi un dommage suite à la diffusion de la publication – devant les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement

¹³⁸¹ Arrêt *Cristal*, C. cass., p. 195.

¹³⁸² *Idem*, p. 195.

¹³⁸³ Arrêt du *Landgericht Düsseldorf*, in : GRUR 1998, p. 160 ; arrêt du *Landgericht Frankfurt*, in : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, p. 2081.

¹³⁸⁴ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 24.

de l'éditeur, compétentes pour connaître de l'intégralité du dommage¹³⁸⁵. La localisation du lieu de survenance du dommage au lieu d'établissement de l'éditeur avait ainsi l'avantage de permettre à la victime d'y demander la réparation de l'entier du dommage subi (la victime pouvant également demander la réparation intégrale de son dommage au for général du défendeur)¹³⁸⁶.

- 845 Sans approfondir le critère du lieu de l'évènement causal au sens de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, la Cour de justice européenne a, dans l'affaire *eDate*, conservé la localisation issue de l'arrêt *Shevill* au lieu de l'établissement de l'éditeur. Selon la Cour, le demandeur qui s'estime victime d'une atteinte à sa personnalité sur Internet peut saisir – outre les tribunaux du lieu du résultat du dommage – les tribunaux de l'État du lieu de l'établissement de l'émetteur des contenus postés sur Internet, étant entendu que ces tribunaux seront compétents pour se prononcer sur l'intégralité du dommage subi¹³⁸⁷.
- 846 Dans l'affaire *eDate*, la Cour de justice européenne a repris pour sienne la localisation « traditionnelle » des litiges transfrontaliers au lieu du résultat et au lieu de l'évènement causal de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, tout en l'adaptant aux particularités de l'affaire qui lui était soumise. Elle a ainsi considéré que ces critères de rattachement désignaient les tribunaux de l'État dans lequel le site Internet était accessible ainsi que ceux du lieu de l'établissement de l'émetteur des contenus potentiellement attentatoires sur Internet. La Cour a néanmoins ajouté un troisième for à l'équation – un deuxième au titre de lieu du résultat – à savoir le lieu dans lequel la personne qui s'estime victime a son centre d'intérêts. Le demandeur pourra ainsi choisir entre trois fors, étant entendu que pour deux d'entre eux (au lieu du centre de ses intérêts d'une part, et d'autre part au lieu de l'établissement de l'émetteur des contenus sur Internet), il pourra saisir les tribunaux d'une action en responsabilité au titre de l'intégralité du dommage¹³⁸⁸.

(b) *Arrêt Wintersteiger*

- 847 Dans l'arrêt *Wintersteiger* – qui concernait une atteinte à une marque par l'utilisation d'un mot clé identique sur le site Internet d'un moteur de recherche – la Cour de justice européenne a également été amenée à se prononcer sur l'interprétation du terme « *lieu de l'évènement causal* ».

¹³⁸⁵ *Idem*, cons. 33.

¹³⁸⁶ *Idem*, cons. 32.

¹³⁸⁷ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 52.

¹³⁸⁸ *Ibidem*.

- 848 Il est intéressant de relever, à titre liminaire, que la Cour de justice a consacré le principe de territorialité lors de la localisation du lieu où le dommage s'est produit, relevant ainsi que le titulaire d'une marque ne saurait se prévaloir de la protection de cette dernière en dehors du territoire de l'État d'enregistrement¹³⁸⁹. Elle a toutefois considéré peu après que « la limitation territoriale de la protection nationale n'est pas de nature à exclure la compétence internationale des juridictions autres que celles de l'État membre dans lequel ladite marque est enregistrée »¹³⁹⁰.
- 849 Deuxièmement, après avoir rappelé que le lieu de l'évènement causal constituait un rattachement significatif avec le for « dès lors qu'il est susceptible de fournir une indication particulièrement utile en ce qui concerne l'administration de la preuve et l'organisation du procès »¹³⁹¹, la Cour de justice européenne s'est penchée plus spécifiquement sur la détermination de l'évènement causal en cas d'atteinte à une marque par le biais de l'utilisation d'un mot clé identique sur un moteur de recherche. A cette fin, elle s'est référée à la jurisprudence relative à l'interprétation de la Directive 2008/95/CE sur l'harmonisation du droit des marques qui désignait l'annonceur sélectionnant le mot clé identique à la marque (et non le prestataire de services) comme celui dont le comportement était potentiellement attentatoire au droit des marques¹³⁹². Partant de ce postulat, elle a éliminé l'hypothèse selon laquelle le lieu de l'évènement causal se produirait sur le « serveur appartenant à l'exploitant du moteur de recherche utilisé par l'annonceur »¹³⁹³ au motif que ceci nuirait à l'objectif de prévisibilité en raison de sa « localisation incertaine »¹³⁹⁴.
- 850 La Cour de justice européenne a ainsi conclu que « (...) dès lors qu'il s'agit d'un lieu certain et identifiable, tant pour le demandeur que pour le défendeur, et qu'il est, de ce fait, de nature à faciliter l'administration de la preuve et l'organisation du procès, il y a lieu de décider que le lieu d'établissement de l'annonceur est celui où le déclenchement du processus d'affichage est décidé »¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 25.

¹³⁹⁰ *Idem*, cons. 30.

¹³⁹¹ *Idem*, cons. 32.

¹³⁹² *Idem*, cons. 35, et les références citées.

¹³⁹³ *Idem*, cons. 36.

¹³⁹⁴ *Ibidem*.

¹³⁹⁵ *Idem*, cons. 37.

- 851 Sans revenir sur le bien-fondé du recours à la loi applicable afin de déterminer la compétence juridictionnelle¹³⁹⁶, la Cour a ainsi localisé le lieu de l'évènement causal au lieu de l'établissement de l'annonceur¹³⁹⁷.

(c) *Arrêt Pinckney*

- 852 Dans l'affaire *Pinckney*, qui concernait l'atteinte à un droit d'auteur, la Cour de justice européenne avait été saisie d'une question préjudicielle portant sur la nécessité d'ajouter au critère de l'accessibilité un rattachement caractérisé, tel que le public visé. L'interprétation donnée par la Cour portait ainsi et exclusivement sur le lieu du résultat. La Cour n'a pas examiné la localisation du lieu de l'évènement causal, se limitant ainsi à relever qu'« [i]l est en effet constant que ce dernier lieu ne se situe pas dans le ressort de la juridiction saisie par M. Pinckney »¹³⁹⁸.
- 853 Dans ses conclusions, l'avocat général avait néanmoins proposé d'adopter l'approche retenue lors d'atteintes au droit des marques par la Cour de justice européenne dans l'affaire *Wintersteiger*. L'avocat général considérait ainsi que l'évènement causal devait être considéré comme le « lieu d'établissement des contrefacteurs présumés en tant que lieu où l'offre en ligne des CD – pour l'acte de distribution – ou bien la mise en ligne des chansons ('upload') – pour l'acte de communication – a été décidée »¹³⁹⁹. Il est ainsi probable que la Cour de justice européenne aurait retenu cette localisation¹⁴⁰⁰.

(d) *Arrêt Hejduk*

- 854 Dans l'arrêt *Hejduk*, relatif à la violation d'un droit d'auteur, la Cour de justice européenne s'est référée à l'arrêt *Wintersteiger* pour définir l'évènement causal en tant que « (...) déclenchement du processus technique d'affichage des photographies sur ledit site Internet »¹⁴⁰¹. L'évènement causal de l'atteinte au droit d'auteur consiste ainsi, selon la Cour de justice, dans l'affichage par le propriétaire du site Internet du contenu protégé en ligne. La Cour de justice a ensuite considéré que la localisation de cet évènement causal ne pouvait se trouver

¹³⁹⁶ Voir à ce sujet *infra* Chapitre quatrième, IV, B, 3, b), ii, (a).

¹³⁹⁷ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 38.

¹³⁹⁸ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 29.

¹³⁹⁹ Conclusions de l'avocat général NIILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 57.

¹⁴⁰⁰ USUNIER LAURENCE, Note sur l'affaire *Pinckney*, p. 198.

¹⁴⁰¹ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 24.

« qu'au lieu où se trouve le siège d'EnergieAgentur, dès lors que cette dernière y a pris et exécuté la décision de mettre en ligne des photographies sur un site Internet déterminé »¹⁴⁰². En l'occurrence, et bien que le droit d'auteur de Mme Hejduk ait été protégé dans l'État de la juridiction saisie (soit en Autriche), le siège d'EnergieAgentur se situait en Allemagne. Le critère de rattachement de l'évènement causal n'était ainsi pas relevant pour fonder la compétence des tribunaux (autrichiens) du for¹⁴⁰³.

ii. Conclusions intermédiaires

- 855 Dans ses derniers arrêts, la Cour de justice européenne a localisé l'évènement causal non pas au lieu de la mise en réseau à proprement parler mais au lieu d'établissement ou au siège du contrefacteur en tant qu'endroit où la décision de mettre en réseau le contenu protégé a été prise¹⁴⁰⁴. À noter toutefois que dans le cas particulier des services de référencement des moteurs de recherche, le lieu de l'établissement relevant est celui de l'annonceur ayant utilisé le mot clé identique et non pas celui du prestataire de services¹⁴⁰⁵. Le caractère incertain de l'endroit de la mise en ligne est ainsi atténué par la localisation de celle-ci au lieu d'établissement ou au siège du contrefacteur allégué.

c) Discussion autour des principes jurisprudentiels

- 856 La localisation du lieu de l'évènement causal lors de litiges en matière de propriété intellectuelle sur Internet ne semble pas encore avoir trouvé de consensus au sein des États membres, leur jurisprudence en étant le parfait reflet. Au niveau supérieur, les derniers arrêts de la Cour de justice européenne semblent toutefois clairement désigner le lieu de l'établissement du contrefacteur en tant que lieu de l'évènement causal. Il convient ainsi d'examiner en premier lieu la localisation au lieu de l'établissement du contrefacteur telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice (i), puis nous examinerons l'alternative à ce lieu, à savoir le lieu où le serveur est situé (ii).

¹⁴⁰² *Idem*, cons. 25.

¹⁴⁰³ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁴ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 37, et arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 25.

¹⁴⁰⁵ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 37.

i. Localisation au lieu de l'établissement ou au siège du contrefacteur

857 Le for au lieu de l'évènement causal a l'avantage de permettre au demandeur d'obtenir la réparation de l'ensemble du dommage subi dans les différents États. Si cette option paraît adéquate dans certains cas, le for au lieu de l'évènement causal présente deux inconvénients. Le premier a trait à l'inadéquation de la localisation dans certaines hypothèses et le deuxième au principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle.

(a) Adéquation de la localisation

858 A certains égards, la localisation de l'évènement causal au lieu de l'établissement du contrefacteur soulève quelques remarques.

859 Dans les arrêts *Wintersteiger* et *Hejduk*, la localisation de l'évènement causal au lieu de l'établissement ou au siège du contrefacteur coïncidait avec l'endroit où le déclenchement du processus d'affichage avait eu lieu¹⁴⁰⁶. Si le contrefacteur possède à cet endroit le matériel nécessaire à la mise en ligne du contenu litigieux, ce for est adéquat. Toutefois, cette interprétation a été critiquée, car si tel n'est pas le cas, soit que le lieu d'établissement du contrefacteur se situe dans un autre endroit que celui où le contenu a été mis en ligne, cette solution perd de son efficacité¹⁴⁰⁷. Par exemple, le contrefacteur pourrait se rendre dans un autre État pour organiser et commettre son forfait ou pourrait être en voyage. Si tel était le cas, quel serait le critère de rattachement retenu ? Celui du lieu où le processus d'affichage sur Internet est intervenu ou alors le lieu de l'établissement ou du siège du présumé contrefacteur ? La Cour de justice n'a pas eu à se prononcer sur une telle hypothèse. Elle semble néanmoins favoriser les critères de rattachement se rapportant aux « personnes », tels que le lieu de l'établissement ou le siège plutôt qu'aux « choses », tel que le serveur Internet.

860 Si le for au lieu de l'établissement du contrefacteur a été préféré à celui relatif au serveur, c'est notamment pour des raisons de risque de manipulation du for¹⁴⁰⁸. A l'encontre de cet argument, on pourrait arguer que le lieu de l'établissement du

¹⁴⁰⁶ Pour LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 218, le lieu où l'annonceur a transmis l'ordre de mettre en ligne le contenu litigieux aurait été envisageable dans la mesure où il consitue également un acte préparatoire. L'ordre de mettre en ligne précède en effet le déclenchement du processus technique d'affichage.

¹⁴⁰⁷ Dans ce sens, FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.60, p. 553 ; MOURA VICENTE DÁRIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 400.

¹⁴⁰⁸ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 36.

contrefacteur n'est pas moins hermétique au risque de manipulation du for que le lieu où le serveur est situé. Le contrefacteur pourrait en effet être tenté de choisir un établissement dans un paradis numérique¹⁴⁰⁹.

- 861 La localisation de l'évènement causal au lieu de l'établissement ou au siège du contrefacteur en tant qu'endroit où la décision de mettre en réseau le contenu protégé a été prise présente un autre inconvénient dans la mesure où ce lieu coïncide souvent avec le domicile du défendeur¹⁴¹⁰. La Cour de justice européenne avait déjà évoqué, dans son arrêt *Marinari*, la probabilité que le lieu de l'évènement causal coïncide avec le for du domicile du défendeur, ce qui entraînerait un risque de confusion entre ces deux chefs de compétence. Pour cette raison, elle avait rappelé que l'« option ainsi ouverte au demandeur ne saurait toutefois être étendue au-delà des circonstances particulières qui la justifient, sous peine de vider de son contenu le principe général, consacré par l'article 2 [Convention de Bruxelles] »¹⁴¹¹. Au vu de la teneur de l'art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, lorsque le lieu de l'évènement causal coïncide avec le lieu du domicile du défendeur, cette disposition ne pourra pas trouver application, car le for alternatif n'est ouvert que dans l'hypothèse où le fait dommageable se situe dans un autre État que celui du domicile du défendeur¹⁴¹². C'est ainsi dans les rares cas où le lieu de l'évènement causal, tel que retenu par la Cour de justice dans son arrêt *Hejduk*, et le domicile du défendeur se situent dans des États différents que ce for sera ouvert¹⁴¹³.

(b) *Principe de territorialité*

- 862 La localisation de l'évènement causal au lieu de l'établissement ou au siège du contrefacteur en tant qu'endroit où la décision de mettre en réseau a été prise ne

¹⁴⁰⁹ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 167 ; MANKOWSKI PETER, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, p. 266 s.

¹⁴¹⁰ Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 26. Dans ce sens, voir CLARK BIRGIT, Aff. *Wintersteiger*, p. 703 ; ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 167 ; Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*, CJUE, cons. 26 ; LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH *Wintersteiger*, p. 1019 ; UBERTAZZI BENEDETTA, Infringement, p. 231.

¹⁴¹¹ Arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 13.

¹⁴¹² L'art. 7 1^{ère} phrase Règlement Bruxelles *Ibis* (ou art. 5 CB/RB I) prévoit en effet qu'« [u]ne personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre (...) ». Voir à ce sujet LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.13, p. 135. Ce principe est également applicable aux dispositions correspondantes contenues dans la Convention de Bruxelles et le Règlement Bruxelles I.

¹⁴¹³ LEIN EVA, Special Jurisdiction, ad art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.90 p. 163.

soulève pas de question particulière relative au principe de territorialité lorsque le droit de propriété intellectuelle y est protégé. En revanche, si le droit en question n'est pas protégé dans cet État, la question de la compétence est plus délicate.

- 863 Si l'on considère, comme une partie de la doctrine¹⁴¹⁴, que la violation d'un droit de propriété intellectuelle ne peut intervenir que dans l'État dans lequel ce droit est protégé et qu'il ne pourrait ainsi pas y avoir de compétence extraterritoriale, alors une distinction entre le lieu du résultat et le lieu de l'évènement causal ne doit être faite que dans une mesure limitée. L'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* ne pourrait ainsi attribuer la compétence de trancher le litige qu'aux tribunaux des États dans lesquels le droit de propriété intellectuelle est protégé. Dès lors, le for au lieu de survenance de l'évènement causal ne pourrait être pris en compte que dans l'hypothèse où le droit en question est enregistré dans plusieurs États, et pour autant que ce lieu diffère du lieu où le résultat est survenu.
- 864 La question a toutefois été finalement tranchée de manière inverse par la Cour de justice européenne qui a considéré que « la limitation territoriale de la protection d'une marque nationale n'est pas de nature à exclure la compétence internationale des juridictions autres que celles de l'État membre dans lequel ladite marque est enregistrée »¹⁴¹⁵. La Cour de justice a en outre rappelé que « selon une jurisprudence constante, les dispositions du règlement doivent être interprétées de manière autonome, en se référant au système et aux objectifs de celui-ci »¹⁴¹⁶, lesquels objectifs comprennent la bonne administration de la justice et l'organisation utile du procès¹⁴¹⁷. Les tribunaux du lieu de l'évènement causal sont ainsi compétents, en vertu de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I et ainsi de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, pour se prononcer sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle, même si le droit en question est libre d'utilisation dans l'État du for.

ii. Localisation au lieu où le serveur est localisé et/ou au lieu où le matériel contrefait est mis en ligne (« uploaded »)

- 865 La Cour de justice européenne a localisé le « lieu de l'évènement causal » au sens de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I au lieu de l'établissement du contrefacteur – en tant qu'endroit où le déclenchement du processus d'affichage a eu lieu – lorsqu'il est porté atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet. Le lieu

¹⁴¹⁴ Voir *supra* Chapitre deuxième, V, B, 1.

¹⁴¹⁵ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 30.

¹⁴¹⁶ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 38.

¹⁴¹⁷ *Idem*, cons. 40.

où le contrefacteur est établi ne représente néanmoins pas la seule interprétation possible, car elle ne permet pas de tenir compte de la situation dans laquelle le contrefacteur ne dispose pas du matériel technique à son lieu d'établissement¹⁴¹⁸.

- 866 Le lieu de l'évènement causal pourrait également être localisé, soit au lieu où le serveur par lequel l'acte illicite a été perpétré est localisé, soit à l'endroit où le matériel contrefait est mis en ligne ou chargé (« *uploaded* »)¹⁴¹⁹.
- 867 Le lieu de chargement serait en effet en adéquation avec le lieu de l'évènement causal tel qu'il avait été déterminé dans l'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*, car il correspond au lieu de l'évènement causal ayant entraîné le dommage¹⁴²⁰. Il en va de même de la localisation au lieu où le serveur est situé. De manière générale, les informations sont d'ailleurs mises en ligne en utilisant l'espace d'un serveur, de sorte que ces deux éléments coïncident¹⁴²¹.
- 868 Ces critères sont toutefois aisément manipulables¹⁴²², favorisant de la sorte les paradis numériques¹⁴²³. De plus, le lieu où le serveur est localisé peut, dans certains cas, échapper au contrôle de la personne qui met en ligne un contenu litigieux, de sorte qu'il ne peut constituer un chef de compétence valable¹⁴²⁴. Malgré tout, certains auteurs préfèrent cette option à celle choisie par la Cour de justice européenne, dans la mesure où le demandeur pourra toujours ouvrir action au for général du domicile du défendeur ou au lieu où le résultat dommageable s'est produit au sens de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*¹⁴²⁵. D'autres

¹⁴¹⁸ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 3, c), i, (a).

¹⁴¹⁹ BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 27 ; KROPHOLLER Jan/VON HEIN JAN, *Kommentar EuGVO*, ad art. 5 EuGVO, n° 83a, p. 216, au sujet de la localisation au lieu de la mise en ligne.

¹⁴²⁰ Contrairement au lieu de l'établissement du contrefacteur qui, dans certaines circonstances, ne coïncide pas avec le lieu de l'évènement causal.

¹⁴²¹ Voir à ce sujet, FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.06, p. 535 s., et les références citées.

¹⁴²² Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 36. Voir également BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 28 ; FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.60, p. 553 ; HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 97 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, *Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?*, p. 111 s. ; METZGER AXEL, *Intellectual Property Infringements on the Internet*, p. 259. Voir également DESSEMONTET FRANÇOIS, *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, p. 54 s., qui examine le critère de rattachement du lieu de chargement sous l'angle du droit applicable.

¹⁴²³ ANCEL MARIE-ÉLODIE, *Juge de la contrefaçon*, p. 167.

¹⁴²⁴ MANKOWSKI PETER, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, p. 257 s.

¹⁴²⁵ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.60, p. 553.

auteurs préconisent *a contrario* de rejeter cette option eu égard à son caractère manipulable et à sa localisation difficilement identifiable en pratique¹⁴²⁶.

- 869 Une autre alternative a été avancée par l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN. Selon lui, l'évènement causal pourrait être localisé au lieu « où les moyens nécessaires à la réalisation de l'atteinte effective à la marque ont été utilisés »¹⁴²⁷. Ce critère de rattachement serait lié « non pas au caractère intentionnel du contrevenant ni au centre des intérêts de la victime, mais à l'aptitude à porter atteinte à une marque dans un autre État membre au moyen d'Internet »¹⁴²⁸. La Cour de justice européenne, dans son arrêt *Wintersteiger*, n'a pourtant pas suivi cette proposition.
- 870 Dans le même sens, et selon Mankowski, l'évènement causal pourrait être localisé au lieu où le contenu litigieux a été conçu et développé (« *Ort der Angebotskonzeption und -entwicklung* »)¹⁴²⁹. L'auteur relève toutefois également le caractère manipulable de ce critère¹⁴³⁰.
- 871 Malgré tout, et pour toutes les raisons qui précèdent, l'utilisation du for de l'évènement causal reste très limitée en pratique¹⁴³¹. Certains auteurs lui reprochent ainsi de « manquer de relief » et de servir uniquement à « caractériser, par sa localisation, l'existence ou non d'une contrefaçon à distance »¹⁴³².

D. Conclusion

- 872 Après une longue période d'incertitude au cours de laquelle la Cour de justice européenne est restée silencieuse quant à l'interprétation du « lieu où le fait dommageable s'est produit » au sens de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, les premiers éléments de réponse sont les bienvenus.
- 873 En matière de délits plurilocalisés se posait en premier lieu la question de l'application des critères de rattachement issus de l'affaire *Mines de potasse d'Alsace*. La Cour de justice a ainsi confirmé que les litiges relatifs aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet peuvent être portés soit devant

¹⁴²⁶ HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 97 s., et les références citées.

¹⁴²⁷ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*, CJUE, cons. 26.

¹⁴²⁸ *Ibidem*.

¹⁴²⁹ MANKOWSKI PETER, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, p. 262.

¹⁴³⁰ *Idem*, p. 262 s.

¹⁴³¹ LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, *Anmerkung zu EuGH Wintersteiger*, p. 1019.

¹⁴³² ANCEL MARIE-ÉLODIE, *Juge de la contrefaçon*, p. 167.

les tribunaux du lieu du résultat dommageable, soit devant les tribunaux de l'évènement causal au sens de l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*¹⁴³³.

- 874 La Cour de justice a ensuite définitivement écarté une application stricte des principes issus des atteintes à la personnalité, tels que dégagés dans l'affaire *Shevill*. Dans cet arrêt, la Cour de justice européenne avait en effet attribué la compétence aux tribunaux de l'État dans lequel le contenu attentatoire est diffusé au titre de lieu du résultat de l'acte dommageable, d'une part, et au lieu de l'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire au titre de lieu de l'évènement causal, d'autre part. Par la suite, la Cour de justice européenne s'est prononcée sur la question des atteintes à la personnalité dans un environnement numérique. Elle a ainsi été amenée à intégrer la composante virtuelle dans son interprétation du Règlement Bruxelles I. Dans l'affaire *eDate* qui concernait une atteinte à la personnalité commise sur Internet, la Cour de justice européenne a attribué deux compétences au titre de lieu du résultat dommageable : l'une aux juridictions de l'État dans lequel le contenu attentatoire est accessible, compétentes pour se prononcer sur le dommage subi dans l'État du for, et l'autre aux juridictions du centre des intérêts de la victime, compétentes pour se prononcer sur l'intégralité du dommage subi. Elle a en outre attribué la compétence aux juridictions de l'établissement de l'éditeur au titre de lieu de l'évènement causal, également compétentes pour se prononcer sur l'intégralité du dommage subi.
- 875 En matière de contrefaçon sur Internet, la Cour de justice européenne s'est expressément distancée de sa jurisprudence en matière d'atteintes à la personnalité dans ses arrêts *Wintersteiger* et *Hejduk*, eu égard notamment à la protection territorialisée des droits de propriété intellectuelle.
- 876 Au titre de lieu du résultat dommageable, la Cour de justice n'a ainsi pas repris – ou pas dans sa totalité – le for au centre des intérêts de la victime au sens de l'arrêt *eDate*, dans la mesure où elle considère qu'une victime d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle n'est pas touchée par l'atteinte de la même manière que la victime d'une atteinte à sa personnalité. La Cour de justice a ainsi attribué la compétence aux tribunaux de l'État de protection dans lequel le site Internet est accessible. Pourtant, en matière de droits de propriété industrielle, la Cour de justice a néanmoins repris un élément essentiel de cette jurisprudence, à savoir la réparation étendue à l'ensemble du préjudice subi. La Cour de justice a ainsi écarté la localisation au centre des intérêts de la victime, telle que dégagée de l'arrêt *eDate*, tout en conservant ses conclusions en matière de réparation du

¹⁴³³ HAIMO SCHACK, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 3629 s.

dommage¹⁴³⁴. A cet égard, une telle réparation s'écarte de l'arrêt *Shevill* et semble mal adaptée lorsque le droit est enregistré dans plusieurs États¹⁴³⁵. En matière de droits d'auteur, la réparation du dommage est limitée au dommage subi dans l'État du for.

- 877 Au titre de lieu de l'évènement causal, la Cour de justice européenne ne semble pas faire de distinction entre les différents droits constituant la propriété intellectuelle. Le demandeur pourra en effet saisir les juridictions du lieu de l'établissement du contrefacteur pour toute atteinte à un droit de propriété industrielle ou à un droit d'auteur en ligne.
- 878 Les critères dégagés par la jurisprudence tant nationale qu'européenne soulèvent néanmoins certaines interrogations relatives notamment au recours à certaines notions de droit matériel en vue de localiser les critères de rattachement (a) et au caractère international et interne de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et de ses versions ultérieures (b).

1. Localisation par application du droit matériel

- 879 Dans certaines affaires, la Cour de justice européenne s'est référée aux notions matérielles en vue de localiser les critères de rattachement applicables, dérogeant ainsi au principe selon lequel le droit applicable ne devrait pas influencer sur la détermination de la compétence¹⁴³⁶. C'est le cas de l'affaire *Wintersteiger*, dans laquelle la Cour de justice a indiqué que « dans le cadre de l'interprétation de la directive rapprochant les législations des États membres sur les marques, c'est l'annonceur sélectionnant le mot clé identique à la marque qui en fait un usage dans la vie des affaires et non le prestataire du service de référencement (...). Le fait générateur d'une atteinte éventuelle au droit des marques réside donc dans le comportement de l'annonceur ayant recours au service de référencement pour sa propre communication commerciale »¹⁴³⁷. La Cour de justice a ainsi déterminé quels événements constituaient une atteinte au droit des marques à la lumière de la Directive européenne afin de localiser, dans un deuxième temps, ces

¹⁴³⁴ À noter toutefois que dans l'affaire *Wintersteiger*, la marque n'était enregistrée qu'en Allemagne, de sorte que la réparation de l'ensemble du dommage était limitée aux dommages subis dans l'État du for.

¹⁴³⁵ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, c), i, (b), (4), (B).

¹⁴³⁶ Sur ce principe, voir not. FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 4.53, p. 137.

¹⁴³⁷ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 35.

événements dans l'espace, événements qui permettront de fonder la compétence des tribunaux.

- 880 Or, à ce stade, rien ne préjuge de l'application de ladite Directive européenne. Ce sont en effet les règles de conflit de lois applicables dans l'État du for qui détermineront le droit applicable au litige. Cette étape nécessite de savoir quel est le tribunal compétent, question qui est indépendante du droit applicable. Les critères permettant de déterminer la compétence internationale du juge de la contrefaçon doivent être interprétés de manière autonome et peuvent être – et seront probablement – différents de ceux permettant de conclure au bien-fondé de la demande lors de l'examen au fond.
- 881 Les considérations de la Cour de justice européenne dans l'arrêt *Wintersteiger* contrastent ainsi avec celles issues de l'arrêt *Folien Fischer*, selon lesquelles « [i]l convient encore de préciser que, au stade de la vérification de la compétence internationale, la juridiction saisie n'apprécie ni la recevabilité ni le bien-fondé de la demande en constatation négative selon les règles du droit national, mais identifie uniquement les points de rattachement avec l'État du for justifiant sa compétence en vertu de l'article 5, point 3, du règlement no 44/2001 [Règlement Bruxelles I] »¹⁴³⁸.
- 882 La doctrine souligne également la connexion étroite entre les règles relatives à la compétence et le droit applicable. Selon certains auteurs, ce lien étroit, résultant notamment du principe de territorialité, permettrait une approche conjointe de ces deux éléments¹⁴³⁹ ou à tout le moins justifierait une localisation en application des règles de compétence qui serait inspirée par le droit matériel¹⁴⁴⁰.
- 883 Une telle opération n'est pourtant pas sans risque. Elle peut en effet conduire à localiser les critères de rattachement de manière à obtenir un certain résultat, et non de manière purement objective. C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt *Football Dataco*. Cet arrêt ne concernait pas l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I mais portait sur l'interprétation de la Directive 96/9/CE qui protège les bases de données. Plus spécifiquement, la demande d'interprétation soumise à la Cour de justice européenne portait sur la localisation des actes d'envoi de données sur Internet, localisation essentielle en vue de déterminer si les actes en

¹⁴³⁸ Arrêt *Folien Fischer*, CJUE, cons. 50.

¹⁴³⁹ GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, *Aspects actuels*, p. 737 ; HAIMO SCHACK, *Anmerkung zu EuGH Pinckney*, p. 3630.

¹⁴⁴⁰ Conclusions de l'avocat général NIILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 66 s., dans lesquelles M. JÄÄSKINEN relève que malgré la dichotomie entre les règles de conflit de juridictions et celles permettant de déterminer le droit applicable, le droit substantiel peut être une source d'inspiration pour les règles de conflit de juridictions.

question relevaient du champ d'application territorial de ladite Directive. Dans cet arrêt, la Cour de justice s'est penchée sur le mode opératoire de mise à disposition, d'une part, et la nature ubiquitaire d'Internet, d'autre part¹⁴⁴¹. Après avoir examiné le critère de l'accessibilité, la Cour de justice a étudié celui de la localisation des actes d'envoi sur le territoire duquel est situé le serveur, vecteur de l'envoi¹⁴⁴². Ce critère de localisation a toutefois été écarté par la Cour de justice afin d'éviter que les fabricants de bases de données ne soient privés de la protection du droit national si le serveur est localisé dans un État tiers. Et la Cour de justice d'ajouter que « la réalisation de l'objectif de protection des bases de données par le droit *sui generis*, poursuivi par la directive 96/9, serait, d'une manière générale, compromise si des actes de réutilisation destinés à un public situé sur tout ou partie du territoire de l'Union échappaient au champ d'application de cette directive et des lois nationales de transposition de celle-ci du seul fait que le serveur du site Internet exploité par l'auteur de ces actes se situe dans un État tiers »¹⁴⁴³. En conséquence, le choix de la Cour de justice s'est porté sur un autre critère (que celui de la localisation du serveur)¹⁴⁴⁴ permettant ainsi de localiser les actes sur le territoire d'un État membre.

- 884 La Cour de justice avait pourtant, en 1995 déjà, clairement exprimé le danger de recourir aux notions de droit interne¹⁴⁴⁵. Elle a par la suite confirmé sa position en affirmant qu'« une solution consistant à faire dépendre l'identification du point de rattachement de critères d'appréciation issus du droit matériel national irait à l'encontre de l'objectif de sécurité juridique, dès lors que, en fonction du droit applicable, l'agissement d'une personne qui a eu lieu dans un État membre autre que celui de la juridiction saisie pourrait être qualifié ou non d'événement causal aux fins de l'attribution de compétence en vertu de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001 [Règlement Bruxelles I] »¹⁴⁴⁶.
- 885 Dans l'arrêt *Melzer*, qui concernait l'interprétation du lieu de l'événement causal, la Cour de justice a toutefois laissé entrevoir une ébauche de justification à cette pratique de localisation des critères de rattachement. Elle a en effet commencé par rappeler que « l'utilisation des concepts juridiques nationaux dans le cadre du règlement n° 44/2001 [Règlement Bruxelles I] générerait des solutions divergentes entre les États membres, de nature à porter atteinte à l'objectif

¹⁴⁴¹ Arrêt *Football Dataco*, CJUE, cons. 35 ss.

¹⁴⁴² *Idem*, cons. 44 s.

¹⁴⁴³ *Idem*, cons. 46.

¹⁴⁴⁴ *Idem*, cons. 47.

¹⁴⁴⁵ Arrêt *Marinari*, CJCE, cons. 18 ss.

¹⁴⁴⁶ Arrêt *Melzer*, CJUE, cons. 35.

d'unification des règles de compétence judiciaire que poursuit ce règlement »¹⁴⁴⁷. Si l'on suit ce raisonnement, l'objectif d'unification serait remis en cause par la disparité des solutions identifiées par les différents États membres. L'utilisation de différents concepts nationaux n'est toutefois susceptible de se produire que dans les matières qui n'ont pas fait l'objet d'une unification au niveau européen. Dans cet arrêt, la Cour de justice devait se prononcer sur la possibilité d'imputer des actes commis par un coauteur à l'autre coauteur afin de les attirer tous les deux devant la même juridiction (au lieu de l'évènement causal selon l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I), étant entendu que le deuxième coauteur n'avait pas commis d'acte dans l'État du for. Et la Cour de justice de relever qu'« en l'absence d'un concept commun aux ordres juridiques nationaux et de l'Union européenne permettant une telle imputation, la juridiction saisie s'inspirerait vraisemblablement de son droit national »¹⁴⁴⁸. En procédant à une interprétation littérale de la décision *Melzer* de la Cour de justice européenne, l'objectif d'unification des règles de compétence judiciaire poursuivi par le Règlement Bruxelles I ne serait pas remis en cause si les tribunaux s'inspiraient des concepts unifiés de droit européen¹⁴⁴⁹.

- 886 Cette tendance peut également s'expliquer depuis l'adoption du Règlement Bruxelles I – et *a fortiori Ibis* – dans la mesure où ces instruments font désormais partie du droit européen secondaire. En cette qualité, ils possèdent une étroite connexion avec le droit européen. L'interprétation autonome est toujours la règle mais elle tend à prendre la forme d'une « *autonomous European interpretation of the Regulation* »¹⁴⁵⁰.

2. Compétence internationale et interne de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et de ses versions ultérieures

- 887 Les règles de compétence prévues par l'art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis* sont considérées comme des règles de compétence internationale et interne, car elles

¹⁴⁴⁷ *Idem*, cons. 34.

¹⁴⁴⁸ *Idem*, cons. 32.

¹⁴⁴⁹ Cette solution serait ainsi conforme aux considérants de l'arrêt *Marinari*, dans lequel la Cour de justice européenne avait relevé que « la convention [de Bruxelles] n'a pas entendu lier les règles de compétence territoriale aux dispositions nationales relatives aux conditions de la responsabilité civile extracontractuelle » (cons. 18). Dans ce sens également LEHMANN MATTHIAS, *Special Jurisdiction*, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.21, p. 138, qui relèvera cependant que dans la plupart des cas, la Cour de justice européenne a contourné la problématique du recours aux concepts de droit comparé en se tournant vers d'autres solutions.

¹⁴⁵⁰ MAGNUS ULRICH, *Brussels I Regulation*, Introduction, n° 95, p. 33 s.

désignent non seulement l'État compétent, mais également les tribunaux compétents *ratione loci* à l'intérieur de cet État¹⁴⁵¹.

- 888 Or, dans l'affaire *Shevill* déjà, la compétence au titre de lieu du résultat dommageable était attribuée aux « juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation »¹⁴⁵². La localisation du lieu du résultat dommageable tel qu'interprété par les tribunaux en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet relève de la même appréciation en termes de compétence internationale. En effet, tant l'attribution de la compétence aux juridictions de l'État membre dans lequel le droit en cause est protégé¹⁴⁵³ qu'aux juridictions de l'État membre dans lequel le site Internet est accessible¹⁴⁵⁴, qu'aux juridictions de l'État membre ciblé par le site Internet¹⁴⁵⁵ ne permettent pas une localisation *ratione loci*. Ces critères de rattachement ne désignent pas un tribunal en particulier mais désignent *a contrario* l'ensemble des tribunaux d'un État membre, contrairement à la lettre de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et de ses versions ultérieures¹⁴⁵⁶. Se pose ainsi la question de la compétence interne. Cette compétence devra-t-elle être recherchée dans un deuxième temps à l'aide des règles de conflit de juridictions de l'État désigné par les critères de rattachement ? Si oui, quels seront les critères de rattachement applicables ? Dans la mesure où l'accessibilité du site Internet est retenue en tant que lieu du résultat dommageable et que par principe, le site Internet est accessible de toute part au sein de l'État membre, la localisation de la compétence interne ne pourra se faire qu'à l'aide de critères de rattachement autres que de celui de l'accessibilité. On pourrait ainsi penser au lieu où l'enregistrement a eu lieu, soit au lieu où sont tenus les registres principaux, à tout le moins en ce qui concerne les droits soumis à enregistrement ou à dépôt. Ce critère ne pourrait toutefois trouver application en matière de droits d'auteur, puisqu'ils ne sont pas soumis aux formalités d'enregistrement. Une autre alternative serait de considérer que le critère de

¹⁴⁵¹ LEHMANN MATTHIAS, ad art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 4.03, p. 132.

¹⁴⁵² Arrêt *Shevill*, CJCE, cons. 33.

¹⁴⁵³ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 25.

¹⁴⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁵ Voir par ex., arrêt *Hotel Maritime*, BGH, cons. II, 1).

¹⁴⁵⁶ Selon les Conclusions de l'avocat général NILLO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 67, « [e]n principe, les règles de compétence énoncées à l'article 5 de ce règlement [Règlement Bruxelles I] conduisent à désigner un tribunal précis, spécialement compétent, et non l'ensemble des juridictions d'un État membre ».

rattachement pourrait désigner toutes les juridictions de l'État membre¹⁴⁵⁷. La Cour de justice européenne ne s'est pas encore prononcée sur cet aspect particulier de la localisation du critère de rattachement au sein de l'État désigné par l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et ses versions ultérieures.

- 889 La localisation au lieu d'établissement du contrefacteur en tant que lieu de l'évènement causal telle qu'interprétée par la Cour de justice européenne respecte *a contrario* la volonté du législateur et la lettre de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et ses versions ultérieures de désigner les tribunaux *ratione loci*. Le for au lieu d'établissement du contrefacteur représente bien une compétence internationale et interne.
- 890 L'interprétation donnée jusqu'à présent par la Cour de justice européenne implique que l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis* instaure une compétence internationale au lieu du résultat dommageable, alors que la compétence au lieu de l'évènement causal est à la fois internationale et interne.

III. En droit suisse

A. Introduction

- 891 A l'instar de la situation prévalant en droit européen, en droit suisse, les actions en contrefaçon peuvent être portées, au choix du demandeur, soit au domicile du défendeur, soit au lieu de l'évènement causal ou du résultat dommageable. Les règles de conflit de juridictions sont contenues dans la Convention de Lugano ainsi que dans la LDIP¹⁴⁵⁸.
- 892 Après avoir brièvement mentionné le for au domicile du défendeur (II), nous examinerons de manière approfondie le *forum delicti* (III). Nous étudierons plus spécifiquement si les tribunaux suisses ont été amenés à se prononcer sur l'interprétation des critères de rattachement du lieu du résultat dommageable (B) et de l'évènement causal (C). Pour chacun de ces critères, nous déterminerons si la jurisprudence rendue en la matière est uniforme, si elle fixe un cadre précis permettant de les localiser, pour finalement examiner si elle a reçu un accueil favorable au sein de la doctrine suisse.

¹⁴⁵⁷ Dans ce sens, voir LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 217. Voir également les Conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 67, au sujet du critère du public ciblé par le site Internet.

¹⁴⁵⁸ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, A, 2 et B, 2.

- 893 Nous tirerons finalement les enseignements de ces développements (D). Nous déterminerons ainsi quels sont les principes applicables en droit suisse et si ceux-ci sont en adéquation avec ceux rendus en droit européen.

B. For général du domicile du défendeur

- 894 A l'instar de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis, le for au domicile du défendeur des art. 2 par. 1 CL et 109 al. 2 LDIP est toujours ouvert en matière de violation de droits de propriété intellectuelle en ligne.
- 895 Les victimes d'atteintes à leur droit de propriété intellectuelle préfèrent en principe éviter ce for – profitable au défendeur – et saisir d'autres tribunaux. En particulier, les fors de la partie spéciale des instruments internationaux, tels que la Convention de Lugano, sont préférés au for « classique » du domicile du défendeur¹⁴⁵⁹.
- 896 À noter toutefois que la possibilité d'ouvrir action devant les tribunaux désignés par l'art. 5 ch. 3 CL n'est offerte au demandeur que dans l'hypothèse où le défendeur – domicilié sur le territoire d'un État contractant de la Convention de Lugano – n'a pas son domicile dans l'État du for. En effet, selon la première phrase de l'art. 5 CL, le demandeur peut attirer le défendeur « dans un autre État » que celui de son domicile dans les cas prévus aux chiffres 1 ss de cette disposition. Si le défendeur a son domicile en Suisse, la compétence internationale des autorités suisses ne peut être fondée que sur l'art. 2 CL, à l'exclusion de l'art. 5 ch. 3 CL¹⁴⁶⁰.
- 897 Pour rappel, le domicile du défendeur de l'art. 109 al. 2 LDIP détermine le for dans les situations exclues du champ d'application de la Convention de Lugano ou alors lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence interne des autorités suisses, dont l'État a été désigné par l'art. 2 CL¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁹ LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, Anmerkung zu EuGH Wintersteiger, p. 1017.

¹⁴⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_224/2013 du 7 novembre 2013, cons. 2.1.

¹⁴⁶¹ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, A, 4.

*C. For spécial au lieu où l'acte dommageable s'est produit ou
risque de se produire*

1. État de la jurisprudence suisse

- 898 La jurisprudence suisse en matière d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle sur Internet en est à ses balbutiements.
- 899 A notre connaissance, le seul arrêt traitant de la compétence des tribunaux suisses lors d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet rendu par le Tribunal fédéral est un arrêt non publié, datant de mars 2007¹⁴⁶². Comme nous allons le voir, cet arrêt examine la compétence des tribunaux suisses à la lumière de l'art. 5 ch. 3 CL.
- 900 Les critères de rattachement du lieu de l'évènement causal et du lieu du résultat sont également, et de manière identique à l'art. 5 ch. 3 CL, contenus à l'art. 109 al. 2 LDIP¹⁴⁶³. Dans le domaine qui nous occupe, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation des critères de l'art 109 al. 2 LDIP, lequel s'applique, pour rappel, lorsque le défendeur n'a pas son domicile dans un État contractant de la Convention de Lugano. *A contrario*, certains tribunaux cantonaux ont été saisis de litiges en matière de violation de droits de propriété intellectuelle sur Internet. Sans véritables lignes directrices, la jurisprudence cantonale est, pour le moins et sans surprise, équivoque sur l'interprétation de l'art. 109 al. 2 LDIP.
- 901 De manière générale, les arrêts rendus par les tribunaux suisses ne dissipent pas les interrogations relatives à la localisation des critères de rattachement du lieu de l'évènement causal et du lieu du résultat dommageable en matière d'atteintes à des droits de propriété intellectuelle sur Internet¹⁴⁶⁴.
- 902 Dans la mesure où les tribunaux suisses n'ont pas donné de direction précise sur la localisation des critères de rattachement contenus dans le chapitre spécial de la LDIP consacré à la propriété intellectuelle, nous examinerons si la jurisprudence a apporté des éclaircissements à la lumière d'autres règles de responsabilité délictuelle, plus générales.
- 903 Si cet examen ne permet pas de dégager une interprétation uniforme des critères de rattachement du lieu de l'acte ou du résultat, nous examinerons si l'interprétation, telle que rendue en droit européen, peut être transposée en droit

¹⁴⁶² Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007.

¹⁴⁶³ Voir *supra* Chapitre IV, B, 2, c), ii.

¹⁴⁶⁴ Voir *infra* Chapitre troisième, III, C, 2 et 3.

suisse. Pour ce faire, nous nous concentrerons sur les arrêts topiques susceptibles de déployer des effets en Suisse.

- 904 Finalement, nous étudierons comment la doctrine suisse a accueilli les différents arrêts des tribunaux suisses en la matière.
- 905 Afin de garantir une certaine clarté et de maintenir la structure adoptée dans le chapitre sur le droit européen, nous avons séparé les critères du lieu de l'acte et du résultat. Nous traiterons ainsi, dans un premier temps, du critère du résultat dommageable (2) et, dans un deuxième temps, de celui de l'évènement causal (3).

2. Lieu du résultat dommageable

a) Jurisprudence suisse

i. Convention de Lugano

- 906 La localisation du lieu du résultat dommageable lors d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet, au sens de l'art. 5 ch. 3 CL, a fait l'objet d'un seul et unique arrêt du Tribunal fédéral : l'arrêt non publié 4C_341/2005 du 6 mars 2007.
- 907 Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur la localisation du lieu du résultat lors d'une atteinte au droit des marques par le biais de noms de domaine. Malheureusement, le Tribunal fédéral s'est limité à mentionner que la doctrine était partagée sur cette localisation¹⁴⁶⁵. Notre Haute Cour a en effet rappelé que la question de savoir si le lieu du résultat désigne tous les lieux à partir desquels le site Internet est accessible est controversée. Selon elle, en cas d'atteinte au droit des marques par un nom de domaine, le lieu du résultat est, à tout le moins, localisé à l'endroit où le site Internet est accessible conformément à sa finalité (« *bestimmungsgemäss abrufbar* »)¹⁴⁶⁶. La question de savoir si la compétence doit être restreinte aux situations dans lesquelles le site Internet est accessible conformément à sa finalité peut, selon le Tribunal fédéral, rester ouverte. En effet, le défendeur avait utilisé les noms de domaine < www.swiss-life.ch > et < www.la-suisse.com >, de sorte que le terme « suisse » rendait lesdits sites à tout le moins accessibles conformément à leur finalité en Suisse¹⁴⁶⁷. Le Tribunal fédéral a ainsi admis la compétence des tribunaux suisses en application

¹⁴⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007, cons. 4.1.

¹⁴⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007, cons. 4.1. La traduction littérale de l'expression « *bestimmungsgemäss abrufbar* » a été proposée par KAISER MARKUS, « Refoderm », p. 793 s.

¹⁴⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007, cons. 4.2.

de l'art. 5 ch. 3 CL, sans toutefois trancher les questions de principe liées à la localisation du lieu du résultat dommageable.

- 908 Cet arrêt a par la suite été cité dans certains arrêts cantonaux¹⁴⁶⁸. Dans un arrêt zurichois, non publié, la compétence des tribunaux zurichois a été examinée à la lumière de l'art. 5 ch. 3 CL¹⁴⁶⁹. Dans cette affaire, la demanderesse avait ouvert action contre la défenderesse pour atteinte à son droit d'auteur ainsi que pour entrave à la concurrence, délits commis par le biais d'Internet. Le tribunal zurichois a rappelé que l'art. 5 ch. 3 CL désignait les tribunaux du lieu de l'évènement causal ainsi que du résultat dommageable, mais a considéré qu'en cas d'atteintes sur Internet, les actions en contrefaçon pouvaient être portées devant les tribunaux du lieu pour lequel la protection est revendiquée. Selon le tribunal, le pays de protection sur le territoire duquel le site Internet est accessible conformément à sa finalité (« *bestimmungsgemäss abrufbar* ») correspond au lieu du résultat dommageable¹⁴⁷⁰.
- 909 Les critères sur lesquels s'est appuyé le tribunal pour justifier la compétence des tribunaux zurichois reposent sur l'existence d'un lien avec la Suisse. Il a en effet considéré que la défenderesse était présente sur le territoire suisse dans la mesure où les produits étaient proposés en Suisse et avaient d'ailleurs été livrés en Suisse. Il est intéressant de relever que la compétence interne des tribunaux zurichois a été justifiée par le fait qu'un client domicilié à Zurich avait fait un achat-test et s'était fait livrer à son domicile¹⁴⁷¹.

ii. LDIP

- 910 Dans la mesure où les tribunaux sont restés silencieux sur l'interprétation du lieu où le résultat dommageable s'est produit, la question reste ouverte. Doit-on considérer que la simple accessibilité du site Internet, vecteur de l'atteinte, est suffisante pour fonder la compétence des autorités suisses ? Le site Internet doit-il *a contrario* entretenir un lien particulier avec le for ? Cas échéant, quel est le rattachement requis ?

¹⁴⁶⁸ Voir not. arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015 ; arrêt du *Handelsgericht Zurich* du 3 octobre 2012 n. p., HG110102 ; arrêt de l'*Obergericht Zurich* du 2 décembre 2011 n. p., LK110002 ; arrêt *Refoderm*, HG St. Gallen ; arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009 n. p., ZFE-08-3.

¹⁴⁶⁹ Arrêt de l'*Obergericht Zurich* du 2 décembre 2011 n. p., LK110002.

¹⁴⁷⁰ *Idem*, cons. III. 1.

¹⁴⁷¹ *Ibidem*.

(a) *Règle spéciale en matière de propriété intellectuelle*

(1) Art. 109 al. 1 LDIP, version antérieure

- 911 L'ancienne version de l'art. 109 al. 1 LDIP disposait qu'« à défaut de domicile [en Suisse] ceux [les tribunaux] du lieu où la protection est invoquée sont compétents pour connaître des actions portant sur les droits de propriété intellectuelle »¹⁴⁷².
- 912 Le critère de rattachement était ainsi celui du « lieu où la protection est invoquée ». Le Tribunal fédéral considérait qu'à l'instar de la Loi fédérale sur les brevets, le « lieu où la protection est invoquée » était celui de l'endroit où avait eu lieu l'atteinte au droit de propriété intellectuelle¹⁴⁷³. En vue de préciser le lieu de l'atteinte, le Tribunal fédéral s'était référé à une affaire de contrefaçon de brevet, dans laquelle notre Haute Cour avait localisé le lieu où la protection est invoquée au lieu de l'événement causal ou au lieu du résultat dommageable¹⁴⁷⁴.
- 913 Selon la doctrine, cette interprétation signifiait qu'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle entraînait la compétence des tribunaux suisses si le contrefacteur commettait des actes répréhensibles en vertu de la loi suisse et que leurs effets se produisaient en Suisse¹⁴⁷⁵. Le recouvrement du « lieu où la protection est invoquée » et celui du « lieu de l'acte et du résultat » avait d'ailleurs été, à l'origine, consacré dans le message du Conseil fédéral¹⁴⁷⁶.

(2) Art. 109 al. 2 LDIP en vigueur

- 914 Un seul arrêt a été rendu, à notre connaissance, sous l'égide de l'art. 109 al. 2 LDIP dans le domaine qui nous intéresse. D'autres arrêts cantonaux ont néanmoins été rendus à la lumière de la règle générale en matière délictuelle de l'art. 129 LDIP, disposition qui contient les mêmes critères de rattachement et que nous étudierons par la suite.

¹⁴⁷² Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, B, 2, a).

¹⁴⁷³ L'ATF 117 II 598, cons. 3, disposait ainsi que « [g]leich wie nach Art. 75 Abs. 1 lit. a PatG gilt auch im internationalen Verhältnis als Schutzort der Ort, wo der Eingriff in das Immaterialgüterrecht stattfindet ».

¹⁴⁷⁴ ATF 99 II 344, cons. 2a). L'affaire concernait une situation interne et ne comportait pas d'élément d'extranéité. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se référait à l'art. 75 LBI, lequel prévoyait les chefs de compétence du lieu de l'événement causal et du lieu du résultat dommageable.

¹⁴⁷⁵ CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 124 ; TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 742, au sujet des atteintes au droit des marques.

¹⁴⁷⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 118.

- 915 L'arrêt qui nous intéresse a été rendu par la Cour de justice genevoise. Cet arrêt a très récemment illustré la problématique de la localisation des critères de rattachement de l'art. 109 al. 2 LDIP dans un environnement numérique¹⁴⁷⁷. L'affaire soumise au tribunal concernait une requête de mesures provisionnelles en vue de faire cesser la violation alléguée au droit des marques de la requérante. Celle-ci reprochait aux intimées, sociétés dont les sièges se trouvaient vraisemblablement en Chine¹⁴⁷⁸, l'utilisation illicite de noms de domaine et la vente de contrefaçons sur plusieurs sites Internet.
- 916 A titre liminaire, la Cour de justice genevoise a rappelé que la compétence au lieu de l'acte ou du résultat au sens de l'art. 109 al. 2 LDIP pourrait être, en théorie, fondée « dès que l'accès au site litigieux est possible depuis la Suisse, ce qui sera en principe toujours le cas »¹⁴⁷⁹. Sans indiquer si elle procédait à l'examen du lieu de l'événement causal ou à celui du résultat dommageable, la Cour a toutefois relevé que, contrairement à la doctrine suisse préconisant un critère de rattachement supplémentaire à la simple accessibilité du site Internet dans l'État du for, le Tribunal fédéral, dans son arrêt 4C_341/2005 du 6 mars 2007, ne s'était pas prononcé pour ou contre un tel rattachement¹⁴⁸⁰.
- 917 La Cour cantonale a ainsi examiné les caractéristiques des sites Internet litigieux. Elle a relevé que lesdits sites permettaient le paiement en francs suisses ainsi que la livraison des produits en Suisse. La Cour a finalement conclu que, dans la mesure où les sites Internet étaient accessibles en Suisse et où les produits étaient proposés au public suisse, les tribunaux suisses et plus précisément les tribunaux genevois étaient compétents¹⁴⁸¹.
- 918 La Cour de justice genevoise n'a pas eu à se prononcer sur l'application du critère de l'accessibilité, car le public suisse était, en tout état de cause, visé. La Cour laisse toutefois entrevoir la possibilité, à tout le moins théorique – selon ses termes –, que l'accessibilité suffise à fonder la compétence des autorités suisses.

¹⁴⁷⁷ Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015.

¹⁴⁷⁸ Les adresses fournies par les intimées dans les différents registres se sont révélées être fictives. La Cour a d'ailleurs également émis des réserves sur les noms inscrits dans les registres. Voir à ce sujet : arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015, cons. 2.2.

¹⁴⁷⁹ Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015, cons. 1.1.

¹⁴⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁴⁸¹ *Ibidem*.

iii. Conclusions intermédiaires

- 919 La jurisprudence suisse rendue sous l'égide des art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP semble prudente sur les critères applicables en vue de localiser le lieu du résultat dommageable. La compétence internationale du juge de la contrefaçon a été retenue, à tout le moins, lorsque le site Internet est accessible conformément à sa finalité (« *bestimmungsgemäss abrufbar* »). Le caractère impératif de cette dernière condition n'a toutefois pas été tranché, puisque dans les cas étudiés ci-dessus, le site Internet en question était de toute manière accessible conformément à sa finalité. En conséquence, la question de la simple accessibilité d'un site Internet en vue de fonder la compétence des tribunaux suisses reste ouverte.

iv. Autres dispositions applicables en matière délictuelle

(a) Introduction

- 920 Si les atteintes aux droits de propriété intellectuelle ont leur siège à l'art. 109 al. 2 LDIP, un rapide aperçu des règles générales en matière d'actes illicites peut être relevant dans le cadre de la présente étude.
- 921 Lors de la révision de la Loi sur les brevets qui s'inscrivait dans le cadre général du réaménagement des compétences locales en Suisse lors de litiges internationaux¹⁴⁸², les art. 109 et 129 LDIP ont été traités conjointement. L'art. 109 al. 2 LDIP a été révisé dans un objectif de conformité avec l'art. 25 aLFors¹⁴⁸³ qui prévoyait les fors alternatifs au lieu de l'évènement causal et au lieu du résultat dommageable¹⁴⁸⁴. La révision de l'art. 109 LDIP a entraîné la modification de l'art. 129 LDIP – siège général de la matière délictuelle – afin de faire coïncider ces deux dispositions¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸² Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, B, 2, a) et c) ii.

¹⁴⁸³ Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (Loi sur les fors, LFors), abrogée le 1^{er} janvier 2011 par le Code de procédure civile suisse (CPC), entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011.

¹⁴⁸⁴ CONSEIL FEDERAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 118. L'art. 25 aLFors disposait que « [l]e tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite ».

¹⁴⁸⁵ La modification de l'art. 129 LDIP ne concernait pas l'introduction de nouveaux critères de rattachement, mais portait sur la hiérarchie entre le for au domicile du défendeur et ceux du lieu de l'acte ou du résultat. Ces derniers étaient subsidiaires avant la modification et sont actuellement alternatifs, à l'instar de ce qui est prévu à l'art. 109 al. 2 LDIP. Voir à ce sujet BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 129 LDIP, n° 19, p. 1099.

922 Dans la mesure où l'art. 109 al. 2 LDIP comprend les mêmes critères de rattachements du lieu de l'acte ou du lieu du résultat que la disposition générale de l'art. 129 al. 1 LDIP, il convient d'examiner l'interprétation donnée à cette dernière (b). Nous verrons ainsi que certains arrêts relatifs à la violation de droits de propriété intellectuelle ont, de surcroît, été rendus à la lumière de l'art. 129 LDIP. La règle spéciale de l'art. 109 al. 2 LDIP devrait suivre l'interprétation donnée à la lumière des principes généraux de l'art. 129 LDIP. En règle générale, les critères identiques devraient en effet être interprétés de manière identique en vue d'atteindre une certaine uniformité¹⁴⁸⁶.

923 Finalement, et dans une moindre mesure¹⁴⁸⁷, l'art. 25 aLFors représente également une source jurisprudentielle en matière de localisation du lieu de l'acte et du résultat qu'il convient de mentionner brièvement, même si cette disposition n'est plus en vigueur¹⁴⁸⁸ (c).

(b) Art. 129 al. 1 LDIP

924 A l'instar des actions en matière de propriété intellectuelle, le demandeur à l'action générale en responsabilité délictuelle a également la possibilité de porter son action devant les tribunaux du lieu de l'événement causal ou du résultat dommageable¹⁴⁸⁹. En matière de délits commis par le biais d'Internet, tombent dans le champ d'application de l'art. 129 LDIP les litiges relevant de la concurrence déloyale ou des atteintes à la personnalité, pour ne citer que les plus connus.

925 Les tribunaux suisses n'ont pas une longue histoire jurisprudentielle relative à l'interprétation du lieu du résultat dommageable en matière d'atteintes commises par le biais d'Internet.

¹⁴⁸⁶ TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 769, au sujet des art. 109 al. 2 et 110 aLDIP, mais également 133 al. 2 et 136 LDIP. Ces dispositions seront ainsi évoquées dans la suite de la présente étude de manière substantielle lorsqu'elles présentent un intérêt.

¹⁴⁸⁷ Cette base légale ne peut servir que d'indice dans la mesure où elle ne concerne pas une situation internationale.

¹⁴⁸⁸ L'art. 25 aLFors a été remplacé par l'art. 36 CPC dont la teneur est identique.

¹⁴⁸⁹ En vertu de l'art. 129 al. 1 LDIP, « [I]es tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement ».

- 926 Le tribunal cantonal grisonnais¹⁴⁹⁰ avait relevé, dans une affaire concernant un nom de domaine, que « [d]ie umstrittene Domain ist bestimmungsgemäss in der Schweiz und Graubünden abrufbar, was hinreichend ist, um die örtliche Zuständigkeit am Erfolgsort in der Schweiz zu begründen »¹⁴⁹¹. Le tribunal a ainsi considéré que, dans la mesure où le site Internet était accessible en Suisse conformément à sa finalité, les tribunaux suisses du lieu du résultat étaient compétents. Le tribunal n'a pourtant pas étayé sa conclusion. Il n'a en effet pas indiqué sur quels éléments il se fondait pour retenir que le site Internet était « *bestimmungsgemäss in der Schweiz und Graubünden abrufbar* ».
- 927 Une année plus tard, le même principe a été retenu par un tribunal saint-gallois. Le *Handelsgericht* du canton de Saint-Gall a en effet considéré que le lieu du résultat devait être localisé à l'endroit où le site Internet était consultable conformément à sa finalité (« *bestimmungsgemäss abrufbar* »)¹⁴⁹², par référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 4C_341/2005 du 6 mars 2007. Dans cette affaire, qui concernait également une atteinte à une marque par un nom de domaine, le tribunal a considéré que dans la mesure où le nom de domaine était enregistré en Suisse (« .ch »), que les produits offerts sur le site Internet étaient destinés au public suisse, le lieu du résultat dommageable était bien situé en Suisse, de sorte que les tribunaux suisses étaient compétents¹⁴⁹³.

(c) Art. 25 aLFors

- 928 Il faut remonter à un arrêt rendu sous l'égide de l'ancienne LFors pour trouver un cas d'application du principe de l'accessibilité. Dans une affaire relative à l'utilisation illicite d'un droit de propriété intellectuelle étranger sur un site Internet, le tribunal lucernois avait conclu que le lieu du résultat dommageable était situé à tout endroit en Suisse à partir duquel le site Internet était accessible¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹⁰ Arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009, ZFE-08-3.

¹⁴⁹¹ *Idem*, cons. 1.a.

¹⁴⁹² Arrêt *Refoderm*, HG St. Gallen, cons. II 1. Cet arrêt concernait toutefois l'art. 129 al. 2 aLDIP. Pour rappel, le siège de la matière de trouve actuellement à l'art. 129 al. 1 LDIP pour l'action générale et plus spécifiquement à l'art. 109 al. 2 LDIP pour l'action en violation d'un droit de propriété intellectuelle. Pour un commentaire de cet arrêt, voir KAISER MARKUS, « *Refoderm* », p. 793 s.

¹⁴⁹³ Arrêt *Refoderm*, HG St. Gallen, cons. II 1.

¹⁴⁹⁴ Arrêt de l'(ancien) *Obergericht Luzern* du 8 juillet 2004, LGVE 2004 I Nr. 35, cons. 4.2 : « (...) dann gilt als Erfolgsort jeder Ort in der Schweiz, von dem aus die Website abrufbar ist ».

- 929 Il convient toutefois de rappeler que cet arrêt s'inscrit dans un cadre interne, soit en application du droit suisse. Le tribunal lucernois l'a d'ailleurs relevé en mentionnant que les arrêts rendus en matière internationale ne pouvaient pas être comparés avec l'affaire qui lui était soumise¹⁴⁹⁵.

b) Transposition des principes dégagés en droit européen

- 930 Dans la mesure où le Tribunal fédéral et les autorités cantonales ne se sont pas prononcés de manière univoque sur la localisation du lieu du résultat dommageable lors de contrefaçons commises sur Internet, laissant cette question en suspens, pourrait-on chercher les réponses dans le droit européen et plus particulièrement dans les décisions de la Cour de justice européenne ?

i. Interprétation conforme à la Convention de Bruxelles

- 931 L'art. 5 ch. 3 CL étant identique à l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, la jurisprudence européenne est-elle transposable à la Convention de Lugano ? L'interprétation de la Convention de Lugano doit-elle suivre la même orientation que sa « sœur » européenne. En d'autres termes, l'interprétation de la Convention de Lugano doit-elle être conforme à celle rendue sous l'égide des Règlements I et *Ibis* ?¹⁴⁹⁶
- 932 Dans un premier temps, il convient de délimiter la relation entre la Suisse et la Cour de justice européenne lorsqu'une question d'interprétation se pose. Contrairement à la Convention de Lugano de 1988, la Convention de Lugano fait désormais partie intégrante du droit européen¹⁴⁹⁷. Ainsi, en cas de doute sur l'interprétation d'une disposition de la Convention de Lugano, les États membres de la Communauté européenne peuvent saisir la Cour de justice européenne d'une question préjudicielle y relative¹⁴⁹⁸. Ils seront dès lors liés par la décision de la Cour de justice européenne. Une telle possibilité n'est toutefois pas offerte à la Suisse, dans la mesure où elle n'est pas membre de la Communauté

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁶ Voir à ce sujet de manière approfondie, Kohler Emilie, *Interprétation du droit suisse*, p. 112 ss.

¹⁴⁹⁷ Préambule au Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention. Voir également BUCHER ANDREAS, *Commentaire romand*, ad art. 1-79 CL, n° 25, p. 1787.

¹⁴⁹⁸ Jusqu'à présent et à notre connaissance, seul un État membre de la Communauté européenne a fait usage de ce droit : l'Allemagne. Dans l'affaire *H c. H. K.*, le *Landgericht Darmstadt* en Allemagne a saisi la Cour de justice européenne d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'art. 267 TFUE en vue d'interpréter certaines dispositions de la Convention de Lugano. Voir à ce sujet not. DICKINSON ANDREW, *Transitional provisions*, n° 17.31, p. 574.

européenne¹⁴⁹⁹. La Suisse n'est pas directement liée par les décisions de la Cour de justice européenne. Nonobstant son statut particulier, la Suisse est tout de même partie à la Convention de Lugano. Dans ce contexte, les tribunaux suisses sont-ils dès lors libres d'interpréter la Convention de Lugano à leur guise ?

- 933 A l'instar de la Convention de Lugano de 1988 et de la Convention de Bruxelles, la Convention de Lugano et le Règlement Bruxelles I ont conservé le même parallélisme. Dès lors et afin de maintenir ce parallélisme, « d'empêcher des interprétations divergentes et de parvenir à une interprétation aussi uniforme que possible »¹⁵⁰⁰, les tribunaux interprétant la Convention de Lugano sont tenus de prendre en considération la jurisprudence des États membres de la Convention de Lugano ainsi que celle rendue par la Cour de justice européenne concernant la Convention de Bruxelles, le Règlement Bruxelles I et l'Accord entre la Communauté européenne et le Royaume du Danemark¹⁵⁰¹. L'interprétation uniforme du Règlement Bruxelles I et de la Convention de Lugano permet de garantir la sécurité du droit et la prévisibilité des règles de conflit de manière générale¹⁵⁰².
- 934 Le Tribunal fédéral s'est de la sorte, à maintes reprises, référé à la jurisprudence de la Cour de justice européenne en vue d'interpréter la Convention de Lugano¹⁵⁰³, et ceci quand bien même dite jurisprudence est contestée par la doctrine suisse¹⁵⁰⁴. L'interprétation uniforme de la convention avec la jurisprudence européenne a même été jusqu'à produire des effets sur l'interprétation de la LDIP¹⁵⁰⁵.
- 935 La prise en compte de la jurisprudence européenne par les tribunaux suisses lors de l'interprétation de la Convention de Lugano ne doit toutefois pas s'effectuer sans réserve¹⁵⁰⁶. Comme l'a relevé la jurisprudence suisse, lorsque l'interprétation

¹⁴⁹⁹ En vertu de l'art. 2 Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention, la Suisse a toutefois la possibilité de déposer des mémoires ou observations devant la Cour de justice européenne. Voir également POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 3.

¹⁵⁰⁰ Préambule au Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention.

¹⁵⁰¹ Art. 1 Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention. Voir également ATF 129 III 626, cons. 5.2.1 ; ATF 124 III 382, cons. 6c) ; ATF 123 III 414, cons. 4.

¹⁵⁰² Préambule au Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention. Également dans ce sens, ATF 124 III 188, cons. 4b). MEIER NIKLAUS, *Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO*, p. 648 s.

¹⁵⁰³ Voir not. ATF 138 III 386 ; ATF 131 III 227 ; ATF 124 III 382 ; ATF 124 III 188 ; ATF 123 III 414.

¹⁵⁰⁴ ATF 124 III 188, cons. 4b).

¹⁵⁰⁵ BUCHER ANDREAS, *Commentaire romand*, ad art. 1-79 CL, n° 27, p. 1788.

¹⁵⁰⁶ KOHLER EMILIE, *Interprétation du droit suisse*, p. 116 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, *Kommentar EuGVO, Einleitung*, n° 111, p. 80.

de la Convention de Bruxelles ou du Règlement Bruxelles I faite par la Cour de justice européenne est influencée par des principes de droit européen, les tribunaux suisses peuvent s'en écarter¹⁵⁰⁷.

- 936 Cette réserve gagne en importance depuis l'adoption du Règlement Bruxelles I. En effet, lorsque la Convention de Bruxelles a été remplacée par un instrument prenant la forme d'un règlement (le Règlement Bruxelles I¹⁵⁰⁸), l'instrument a ainsi « basculé » dans le droit communautaire secondaire¹⁵⁰⁹. « En tant que tel, ce règlement [le Règlement Bruxelles I] est donc davantage orienté sur le droit communautaire et les principes intégratifs développés par sa jurisprudence, notamment par la CJCE, que la Convention de Bruxelles, à laquelle il se substitue »¹⁵¹⁰. Nonobstant cette orientation de droit communautaire, le principe général selon lequel tant le Règlement Bruxelles I que la Convention de Lugano doivent être interprétés de manière autonome reste de mise. Le principe de l'interprétation autonome ne fait en effet pas obstacle à une interprétation influencée par le droit européen, mais a pour objectif d'éviter une jurisprudence basée sur des concepts internes nationaux¹⁵¹¹. Dans la mesure où le droit européen est amené à exercer une plus grande influence, même indirecte, sur l'interprétation du Règlement Bruxelles I que sur la Convention de Bruxelles, le risque de devoir s'en écarter lors de l'interprétation de la Convention de Lugano est d'autant plus marqué. L'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles *Ibis* ne devrait pas modifier la donne (par rapport au Règlement Bruxelles I), dans la mesure où il reprend en substance le contenu du Règlement Bruxelles I et de la Convention de Lugano¹⁵¹², à tout le moins pour les dispositions qui nous intéressent dans la présente étude¹⁵¹³.
- 937 L'interprétation uniforme des Règlements Bruxelles I et *Ibis* et de la Convention de Lugano devrait toutefois rester la règle, et l'interprétation différenciée

¹⁵⁰⁷ ATF 131 III 227, cons. 3.1, relatif à la Convention de Bruxelles, et ATF 138 III 386, cons. 2.6, relatif au Règlement Bruxelles I.

¹⁵⁰⁸ Concerne *de facto* également le Règlement Bruxelles *Ibis*.

¹⁵⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1534. Dans ce sens également, BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 1-79 CL, n° 27, p. 1788. Pour un aperçu des sources du droit de l'Union européenne, voir not. KRAUS DANIEL/JAAG TOBIAS/UMBRICHT GEORG C., L'Union européenne, ses institutions et ses relations avec la Suisse, p. 21 ss.

¹⁵¹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1534. Voir également, BONOMI ANDREA, Droit international privé, p. 309.

¹⁵¹¹ MEIER NIKLAUS, Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO, p. 637 ss.

¹⁵¹² Dans ce sens DICKINSON ANDREW, Transitional provisions, n° 17.37, p. 577.

¹⁵¹³ La question se pose *a contrario* en matière de litispendance par exemple, dans la mesure où le Règlement Bruxelles *Ibis* s'écarte de la formulation de l'art. 27 CL. Voir à ce sujet DICKINSON ANDREW, Transitional provisions, n° 17.38, p. 577.

l'exception. Il convient ainsi de garder à l'esprit les objectifs supérieurs d'harmonisation et de sécurité du droit afin de privilégier l'interprétation la plus uniforme possible¹⁵¹⁴, le tout dans un souci de prise en compte des intérêts de la Suisse par rapport au contexte européen¹⁵¹⁵.

- 938 La jurisprudence européenne devra ainsi être examinée par les tribunaux suisses avant de pouvoir être transposée *mutatis mutandis* à la Convention de Lugano.

ii. Constat

- 939 Dans la mesure où les tribunaux suisses sont restés silencieux sur l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 CL eu égard aux litiges relatifs à la violation d'un droit de propriété intellectuelle sur Internet, il convient de déterminer si la jurisprudence rendue par la Cour de justice européenne peut être prise en compte pour localiser les critères de rattachement du lieu de l'évènement causal et du résultat.
- 940 A cette fin, il convient d'examiner si l'interprétation de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et Règlement de Bruxelles I, telle que dégagée par la Cour de justice européenne dans les affaires *Wintersteiger*, *Pinckney* et *Hejduk*, peut être « prise en compte » et transposée en droit suisse.
- 941 Nous procéderons ainsi à l'examen des principes appliqués par la Cour de justice européenne au critère de rattachement du lieu du résultat dommageable. La transposition de la jurisprudence européenne relative au lieu de l'évènement causal sera étudiée dans le chapitre y relatif¹⁵¹⁶.

iii. Principe de l'accessibilité conditionnelle

(a) En matière d'atteinte à la propriété industrielle

- 942 Dans l'affaire *Wintersteiger*, qui concernait une atteinte à une marque par l'utilisation d'un mot clé identique sur un moteur de recherche, la Cour de justice européenne avait attribué la compétence aux tribunaux de l'État d'enregistrement sur le territoire duquel le site Internet était accessible¹⁵¹⁷. La Cour de justice avait

¹⁵¹⁴ MEIER NIKLAUS, *Auslegungseinheit von LugÜ und EuGVVO*, p. 648 ss. Dans ce sens également, Dickinson Andrew, *Transitional provisions*, n° 17.37, p. 577 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, *Kommentar EuGVO, Einleitung*, n° 111, p. 80 s.

¹⁵¹⁵ BUCHER ANDREAS, *Commentaire romand*, ad art. 1-79 CL, n° 28, p. 1788.

¹⁵¹⁶ *Infra* Chapitre troisième, III, C, 3, b).

¹⁵¹⁷ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii, (a). Au sujet de cet arrêt voir également KILLIAS LAURENT, *Rechtsprechung* 2012, p. 686.

en effet écarté le for au centre des intérêts de la victime tel qu'il avait été admis pour les atteintes à la personnalité en raison de la composante territoriale des droits de propriété intellectuelle¹⁵¹⁸.

- 943 La Cour de justice européenne a construit son raisonnement ayant abouti à la localisation du lieu du résultat dommageable, sur l'interprétation de la Directive 2008/95/CE¹⁵¹⁹. Cette directive ainsi que la jurisprudence y relative ont en effet désigné les autorités de l'État d'enregistrement de la marque – sur le territoire duquel le site Internet est accessible – comme étant les plus enclines à se prononcer sur l'éventuelle atteinte¹⁵²⁰. Or, si les autorités de l'État d'enregistrement sont les plus à même de se prononcer sur une éventuelle violation du droit des marques lorsque le droit est harmonisé en vertu de la Directive 2008/95/CE, alors ces autorités le seront d'autant plus lorsque le droit n'est pas harmonisé¹⁵²¹. Rien ne s'oppose ainsi à ce que l'interprétation de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Wintersteiger* soit transposée à la Convention de Lugano¹⁵²².
- 944 En conclusion, l'art. 5 ch. 3 CL pourrait être interprété comme désignant les autorités de l'État d'enregistrement de la marque sur le territoire duquel le site Internet est accessible en tant que « lieu du résultat » lors d'atteinte à une marque par le biais d'un moteur de recherche tel qu'AdWords.

(b) *En matière d'atteinte au droit d'auteur*

- 945 En matière d'atteinte à un droit d'auteur commise par le biais d'Internet, la Cour de justice européenne a rendu deux arrêts de principe, les arrêts *Pinckney* et *Hejduk*. A l'instar de l'arrêt *Wintersteiger* en matière de propriété industrielle, il convient de procéder à l'examen de la jurisprudence relative aux droits d'auteur, afin de déterminer si elle est transposable à la Convention de Lugano.
- 946 Dans l'arrêt *Pinckney*, la Cour de justice a rappelé la nécessité, en premier lieu, que le droit de propriété intellectuelle soit protégé dans l'État du for, et ceci conformément à la jurisprudence *Wintersteiger*¹⁵²³. La Cour de justice a ensuite conclu que la compétence des tribunaux d'un État devait être donnée lorsqu'un

¹⁵¹⁸ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 24 s.

¹⁵¹⁹ *Idem*, cons. 28.

¹⁵²⁰ *Ibidem*.

¹⁵²¹ LÜTHI BeDicht CLAUDIUS, Deliktzuständigkeit, p. 214.

¹⁵²² *Ibidem*.

¹⁵²³ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 33.

dommage risquait de s'y matérialiser¹⁵²⁴. En l'occurrence, « ledit risque découle notamment de la possibilité de se procurer, au moyen d'un site Internet accessible dans le ressort de la juridiction saisie, une reproduction de l'œuvre à laquelle s'attachent les droits dont le demandeur se prévaut ». Dans l'arrêt *Hejduk*, la Cour de justice a conclu que « la matérialisation du dommage et/ou le risque de cette matérialisation découlent de l'accessibilité, dans l'État membre dont relève la juridiction saisie (...) » du contenu litigieux sur le site Internet¹⁵²⁵. Les deux arrêts ont attribué la compétence au titre de lieu du résultat dommageable aux tribunaux de l'État de protection sur le territoire duquel le site Internet est accessible¹⁵²⁶. Dans la mesure où la Directive 2001/29/CE protège de manière automatique les droits d'auteur dans tous les États membres et qu'Internet est en principe accessible dans ces mêmes États, la Cour de justice désigne *de facto* les tribunaux de chaque État membre de l'Union européenne.

- 947 La Directive 2001/29/CE, à laquelle la Cour de justice fait référence, étend en effet la protection des droits d'auteur à tous les États membres¹⁵²⁷. Cette référence au droit européen n'a toutefois que peu d'influence sur l'interprétation des règles de conflit de juridictions donnée par la Cour de justice. Celle-ci s'est limitée à relever que bien que la protection des droits d'auteur soit étendue à l'ensemble des États membres de l'Union européenne, lesdits droits peuvent être violés, selon le droit applicable, dans chaque État membre en vertu du principe de territorialité¹⁵²⁸. En ce sens, la situation est identique à celle prévalant dans l'arrêt *Wintersteiger*, à savoir que le droit en question ne peut être violé que dans l'État dans lequel il est protégé. Si l'État de protection du droit d'auteur – sur le territoire duquel le site Internet, vecteur de l'atteinte, est accessible – est le mieux placé pour juger de la violation de ce droit lorsque celui-ci est harmonisé, alors il l'est d'autant plus si le droit n'est pas harmonisé ou harmonisé au travers d'autres instruments¹⁵²⁹. Il est au surplus fort probable que la Cour de justice serait arrivée à la même conclusion si la Directive 2001/29/CE n'avait pas été applicable.
- 948 Cette conclusion est de surcroît en adéquation avec l'objectif de protection et d'harmonisation des droits d'auteur sur la scène internationale. La Directive 2001/29/CE ne représente qu'un des instruments prévoyant une meilleure

¹⁵²⁴ *Idem*, cons. 43.

¹⁵²⁵ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 34.

¹⁵²⁶ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii.

¹⁵²⁷ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iv, (b).

¹⁵²⁸ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 39 ; *Hejduk*, CJUE, cons. 22.

¹⁵²⁹ Raisonnement et citation appliqués par analogie avec ceux avancés pour l'arrêt *Wintersteiger*, *supra* Chapitre troisième, III, C, 2, b), iii, (a).

protection des droits d'auteur¹⁵³⁰. Celle-ci va au surplus plus loin en matière de protection que les Traités WCT et WPPT, relatifs au droit d'auteur, que la Suisse a d'ailleurs également ratifiés¹⁵³¹. La Suisse participe ainsi à cet effort d'harmonisation, de sorte que le but de la Directive 2001/29/CE n'est, à tout le moins, pas contraire aux objectifs suisses en la matière.

- 949 Dans la mesure où la prise en compte de la jurisprudence européenne est la règle et ne peut être écartée que pour des motifs impérieux de conformité au droit suisse, les principes issus des arrêts *Pinckney* et *Hejduk* peuvent raisonnablement être appliqués dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Lugano.
- 950 On peut ainsi raisonnablement admettre qu'en matière de droit d'auteur, l'art. 5 ch. 3 CL peut être entendu comme désignant, au titre de lieu du résultat dommageable, les tribunaux de l'État de protection sur le territoire duquel le site Internet, par lequel a été commise l'atteinte, est accessible.

c) Discussion autour des principes jurisprudentiels

i. Localisation au lieu où le site Internet est accessible

- 951 La localisation au lieu où le site Internet est accessible est une construction purement européenne. Elle n'a en effet pas été retenue – à tout le moins a-t-elle été évoquée – par les tribunaux suisses¹⁵³². Les arrêts de la Cour de justice européenne sont récents et n'ont ainsi pas encore été pris en considération par les tribunaux suisses. Pourtant la question de la transposition de cette jurisprudence européenne en droit suisse devra être examinée, tôt ou tard, par les tribunaux suisses.
- 952 L'intégration de ce principe d'accessibilité dans l'environnement jurisprudentiel suisse risque toutefois de rencontrer un obstacle de taille. De manière générale, la doctrine suisse s'est montrée plutôt réfractaire au principe de l'accessibilité pour localiser le lieu du résultat dommageable au sens des art. 5 ch. 3 CL¹⁵³³, 109 al. 2

¹⁵³⁰ Sur l'harmonisation des droits d'auteur au niveau interne, voir *supra* Chapitre premier, IV, B, 2, a).

¹⁵³¹ Sur l'harmonisation des droits d'auteur au niveau international, voir *supra* Chapitre premier, IV, B.

¹⁵³² Exception faite de l'arrêt de l'(ancien) *Obergericht Luzern* du 8 juillet 2004, LGVE 2004 I Nr. 35. Cet arrêt concernait toutefois une loi actuellement abrogée et relevant du droit matériel suisse. Il ne saurait ainsi servir de précédent en la matière.

¹⁵³³ ACOCELLA DOMENICO, LugÜ Kommentar, ad art. 5 ch. 3 CL, n° 257, p. 224.

LDIP ainsi que 129 LDIP¹⁵³⁴. La doctrine majoritaire souhaite en effet un rattachement plus étroit avec l'État du for que la simple accessibilité¹⁵³⁵.

- 953 Les auteurs suisses soulèvent en substance les mêmes reproches que leurs collègues européens à l'encontre de ce principe¹⁵³⁶, notamment eu égard au risque de *forum shopping* et aux principes généraux liés à la détermination de la compétence¹⁵³⁷, en lien avec la proximité entre la cause et le for¹⁵³⁸.

ii. Localisation au lieu où le site Internet est accessible conformément à sa finalité (« bestimmungsgemäss abrufbar »)

- 954 La localisation au lieu où le site Internet est accessible conformément à sa finalité est ainsi, pour l'instant, le seul principe ayant été admis en vue de fonder la compétence des tribunaux suisses.
- 955 Selon la doctrine, le Tribunal fédéral rejeterait dans son arrêt 4C_341/2005, de manière implicite, l'idée que n'importe quel nom de domaine puisse impliquer un résultat – basé sur l'unique accessibilité du site Internet – en Suisse au sens de l'art. 5 ch. 3 CL¹⁵³⁹. D'autres considèrent au contraire que notre Haute Cour ne s'est pas prononcée pour ou contre le principe de l'accessibilité, et a laissé, dans cet arrêt, la porte ouverte¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁴ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845 ; BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 149 ; WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, p. 101.

¹⁵³⁵ ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet, p. 294 s. ; DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 154, p. 1850 ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 110 LDIP, n° 6, p. 467 s., citant en exemple, pour violation du droit des marques, « une publicité spécialement destinée à la Suisse ou, en cas de violation du droit d'auteur, l'utilisation, en Suisse, du texte piraté » ; CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 124, se prononçant sur l'interprétation de l'ancienne version de l'art. 109 al. 1 LDIP ; KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé, n° 546d, p. 297 s. *Contra* : THOMANN FELIX H., Urheberrechten auf dem Internet, p. 533, qui relève que le lieu du résultat dommageable pourrait se situer « überall, wo der rechtswidrige Inhalt wahrgenommen werden kann oder tatsächlich wahrgenommen wird ».

¹⁵³⁶ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, c), i, (b), (2).

¹⁵³⁷ BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 149 ; WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, p. 101.

¹⁵³⁸ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845.

¹⁵³⁹ BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 148 s. Implicitement également, ACOCCELLA DOMENICO, LugÜ Kommentar, ad art. 5 ch. 3 CL, n° 257, p. 224 ; BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845.

¹⁵⁴⁰ Voir not. DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 154, p. 1850.

956 Nonobstant cette divergence d'opinion, l'arrêt du Tribunal fédéral soulève plusieurs remarques.

(a) Définition

957 La première remarque tient au fait que le Tribunal fédéral ne définit pas ce qu'il entend par « accessible conformément à sa finalité » (« *bestimmungsgemäss abrufbar* »).

958 Selon la doctrine, le terme « accessible » (« *abrufbar* ») au sens de l'arrêt 4C_341/2005 doit être compris sous sa forme technique. L'accessibilité suppose ainsi les moyens techniques d'accès au nom de domaine et désigne en substance tous les endroits à partir desquels une connexion Internet est possible¹⁵⁴¹.

959 Quant à l'expression « conformément à sa finalité » (« *bestimmungsgemäss* »), le Tribunal fédéral se limite, sans autre explication, à relever que l'utilisation du mot « suisse » dans le nom de domaine implique que le nom de domaine était accessible conformément à sa finalité en Suisse.

960 Les arrêts cantonaux ne donnent pas plus d'éléments permettant de définir cette notion.

961 Dans l'arrêt *Refoderm*, le tribunal saint-gallois a considéré que le site Internet était (« *bestimmungsgemäss Abrufbar* ») en raison du nom de domaine (« .ch ») et de l'offre de produits destinés au public suisse¹⁵⁴².

962 Quant à l'arrêt du tribunal cantonal des Grisons, il s'est limité à relever que le site Internet considéré était accessible conformément à sa finalité, mais sans en indiquer les raisons¹⁵⁴³. Il semble toutefois que quelque chose de plus que la simple accessibilité a justifié la compétence des tribunaux des Grisons ; « [d]arunter zu verstehen ist dementsprechend nicht die Bestimmungsmässigkeit des Mediums selbst, sondern etwas anderes, etwas restriktiveres – aber was, das weiss man (noch) nicht so genau »¹⁵⁴⁴.

963 Selon la doctrine, la notion de « *bestimmungsgemäss Abrufbarkeit* » pourrait être apparentée à l'exigence d'un lien significatif (« *deutlichen Bezug* »)¹⁵⁴⁵, de

¹⁵⁴¹ BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 149.

¹⁵⁴² Arrêt *Refoderm*, HG St. Gallen, cons. II 1.

¹⁵⁴³ Arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009, ZFE-08-3, cons. 1.a.

¹⁵⁴⁴ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 773, p. 640, note de bas de page 3730.

¹⁵⁴⁵ DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL, Kommentar LugÜ, ad art. 5 LugÜ, n° 124, p. 166 s.

focalisation¹⁵⁴⁶ ou d'impact commercial (« *commercial effect* »), ce dernier constituant par ailleurs un fait doublement pertinent¹⁵⁴⁷.

- 964 Cette interprétation de la notion de « *bestimmungsgemäss Abrufbarkeit* » peut être confirmée par l'interprétation faite par-delà nos frontières, en Allemagne, où cette condition a été utilisée en matière délictuelle de manière générale¹⁵⁴⁸. Selon BANHOLZER, ce critère ne signifie pas une simple accessibilité, au sens technique du terme, du site Internet dans l'État du for. Il faut au contraire que l'État du for soit l'État-cible (« *Zielgebiet* ») du fournisseur de contenu, notion comprenant une composante subjective, soit l'intention d'adresser un certain contenu à cet État-cible¹⁵⁴⁹. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si le fournisseur de contenu avait la volonté de s'adresser à un territoire¹⁵⁵⁰. Dans une optique d'interprétation analogique, la notion de « *bestimmungsgemäss Abrufbarkeit* » pourrait ainsi bien s'apparenter au critère du ciblage ou de la focalisation.

(b) *Critères techniques retenus*

- 965 La deuxième remarque porte sur les critères avancés par le Tribunal fédéral pour fonder la compétence des autorités suisses. Le Tribunal fédéral semble se concentrer sur les termes utilisés pour le nom de domaine et non pas sur le contenu du site Internet¹⁵⁵¹. Notre Haute Cour a ainsi relevé que le terme « suisse » (dans le nom de domaine < www.la-suisse.com >) suffisait pour considérer que le site Internet était accessible conformément à sa finalité en Suisse. Il ne s'est toutefois pas livré à l'examen de l'autre nom de domaine incriminé, à savoir < www.swiss-

¹⁵⁴⁶ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845.

¹⁵⁴⁷ BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 67 ; LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Deliktzuständigkeit, p. 216. Sur la question des faits doublement pertinents, voir *infra* Chapitre quatrième, IV, B, 3, b9, ii, (c).

¹⁵⁴⁸ Voir par not. arrêt *Oscar*, BGH ; arrêt du *Bundesgerichtshof* du 2 mars 2010, I ZR 23/09 ; arrêt du *Bundesgerichtshof* du 10 novembre 2009, VI ZR 217/08 ; arrêt *Hotel Maritime*, BGH ; arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*.

¹⁵⁴⁹ BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 62 ss, lequel fait d'ailleurs, à cet égard, une analogie avec l'art. 15 al. 1 let. c) CL.

¹⁵⁵⁰ BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 72. Dans ce sens également PEIFER KARL-NIKOLAUS, Anmerkung zu Oscar, p. 229.

¹⁵⁵¹ BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 149. Cette conclusion semble toutefois en adéquation avec le principe dégagé (en application du droit matériel suisse) par le Tribunal fédéral dans son arrêt T-Oline.ch, cons. 2.2, selon lequel « [p]our apprécier si un nom de domaine peut être confondu avec un droit exclusif telle une marque enregistrée, il faut se fonder non pas sur le contenu du site que cette adresse électronique permet d'atteindre, mais bien sur le libellé de l'adresse internet ».

life.ch >, à cette même fin¹⁵⁵². En effet, selon la doctrine, le domaine de pays de premier niveau – en l'occurrence « .ch » – constituerait un indice géographique sur la destination de l'offre ou sur l'emplacement de l'annonceur, facteur induisant une accessibilité en Suisse de manière conforme à la finalité du site Internet¹⁵⁵³. Le Tribunal fédéral n'a pourtant pas abordé cet élément.

- 966 Selon certains auteurs, lorsque le nom de domaine ne permet pas de déterminer si le site Internet est accessible en Suisse conformément à sa finalité, les caractéristiques du site Internet devraient être examinées. Il en va ainsi de la langue, du marché visé par le site Internet, de l'offre géographique de produits, ainsi que d'un éventuel *disclaimer* fallacieux. Ces facteurs permettent de déterminer s'il y a eu une utilisation du site Internet conforme à sa finalité (« *bestimmungsgemäss Gebrauch* »)¹⁵⁵⁴.

iii. Autres critères de localisation proposés par la doctrine

- 967 Dans la mesure où les tribunaux ne se sont pas clairement exprimés, la doctrine s'est penchée sur l'interprétation du lieu du résultat dommageable dans les cas d'atteintes commises par le biais d'Internet. Les considérations de la doctrine ne reposent pas uniquement sur les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, mais sur diverses bases légales prévoyant ce critère de rattachement. Parmi les critères avancés, que nous allons reprendre un à un, se trouvent le ciblage (a), le domicile du lésé (b), l'impact (c), ainsi que le téléchargement (d).

(a) Critère du ciblage

- 968 A la lumière de l'art. 5 ch. 3 CL, BONOMI a en premier lieu rappelé que « la simple possibilité de consulter le site ne suffit pas pour créer un for, encore faut-il que les informations qui y figurent produisent, dans le pays du tribunal saisi, une atteinte au bien juridique protégé »¹⁵⁵⁵. L'auteur a, dans un deuxième temps, relevé la controverse relative à la nécessité de ciblage de l'État du for et s'est ensuite référé à l'arrêt non publié 4C_341/2005 du 6 mars 2007, indiquant que dans cet arrêt, la

¹⁵⁵² BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 149.

¹⁵⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁴ BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 150.

¹⁵⁵⁵ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845.

condition du ciblage avait, à juste titre, été exigée¹⁵⁵⁶. Selon BONOMI, le critère du ciblage permet en effet d'assurer la proximité et la prévisibilité du for¹⁵⁵⁷.

- 969 Ce critère était également avancé sous l'égide de l'ancien art. 109 al. 1 aLDIP. Selon CHERPILLOD, les tribunaux suisses ne pouvaient être compétents sur la base de cette disposition que si la publicité sur Internet impliquait d'autres connections liées au territoire suisse, tels que l'envoi de marchandises ou de prospectus¹⁵⁵⁸. Selon cet auteur, la simple accessibilité du site Internet ne fonderait pas la compétence des tribunaux suisses, à moins que le site Internet s'adresse en particulier aux clients suisses. Tel serait le cas d'une publicité ciblée en ligne ou d'une publicité dans les médias suisses pour le site Internet ou de tout autre rattachement avec la Suisse¹⁵⁵⁹. Il est intéressant de relever que CHERPILLOD s'est référé à certains arrêts topiques de droit américain dans sa contribution¹⁵⁶⁰. On ressent de la sorte l'empreinte de la jurisprudence outre-Atlantique, notamment en relation avec les principes liés aux sites actifs, passifs et interactifs¹⁵⁶¹.

(b) *Critère du domicile du lésé*

- 970 En ce qui concerne la localisation du lieu du résultat dommageable au sens de l'art. 129 LDIP, la doctrine prône également un lien plus étroit précis avec le for que la simple accessibilité du site Internet. Ce rattachement particulier pourrait être le domicile du lésé par exemple¹⁵⁶², dans la mesure où il correspond à l'endroit où la victime a subi l'atteinte¹⁵⁶³.
- 971 De surcroît, le critère de rattachement pourrait varier selon le dommage que le demandeur invoque. S'il s'agit d'un dommage économique, il devrait pouvoir

¹⁵⁵⁶ *Ibidem*. Nous ne partageons pas tout à fait ce dernier point de vue. Selon nous, le Tribunal fédéral n'a pas exigé de condition particulière supplémentaire dans son arrêt 4C_341/2005 du 6 mars 2007 ; il s'est au contraire gardé de trancher la question, concluant finalement que le site Internet était à tout le moins accessible conformément à sa finalité dans l'État du for et que cet élément justifiait la compétence des autorités du for.

¹⁵⁵⁷ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845.

¹⁵⁵⁸ CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 124.

¹⁵⁵⁹ *Ibidem*. Également dans ce sens, TISSOT NATHALIE, Dénominations utilisées sur Internet, p. 767 s.

¹⁵⁶⁰ CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 124 s citant not. les arrêts *Maritz c. Cybergold* et *Bensusan c. King*.

¹⁵⁶¹ Voir *supra* Chapitre troisième, I, D, 1.

¹⁵⁶² DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 181.

¹⁵⁶³ GILLIÉRON PHILIPPE, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, p. 191.

choisir le lieu du domicile ou de la résidence habituelle du lésé en tant que lieu du résultat¹⁵⁶⁴.

- 972 Il a toutefois été relevé, à l'encontre de ce critère, que ces considérations ne peuvent être transposées en l'état aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle. En effet, la victime d'une atteinte personnelle ne subit pas l'atteinte de la même manière et avec la même intensité que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle¹⁵⁶⁵.

(c) *Critère de l'impact*

- 973 La localisation au lieu « où le texte est accessible et cause un préjudice » a également été avancée dans le cadre de l'application de l'art. 129 LDIP¹⁵⁶⁶.
- 974 C'est d'ailleurs également ce critère qui est retenu lors de la détermination du droit applicable aux atteintes au droit de la concurrence. En matière de concurrence déloyale plus spécialement, le législateur s'est en effet référé au critère de rattachement du « résultat ». Selon l'art. 136 al. 1 LDIP, « [l]es prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'État sur le marché duquel le résultat s'est produit ».
- 975 Le droit applicable est considéré comme celui de l'État dans lequel l'acte de concurrence déloyale produit ses effets (« *ihre Wirkung entfaltet* »)¹⁵⁶⁷, lesquels se produisent en principe sur le ou les marché(s) affecté(s)¹⁵⁶⁸. Si les actes de concurrence déloyale ciblent un concurrent en particulier, les effets sont réputés se produire au lieu de l'établissement de ce concurrent¹⁵⁶⁹.

(d) *Critère du téléchargement*

- 976 Le lieu de la réception ou du téléchargement des données a également été avancé en vue de localiser le lieu du résultat dommageable au sens de l'art. 133 al. 2 LDIP¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁴ DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 181.

¹⁵⁶⁵ Voir par ex. dans ce sens, l'arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 25.

¹⁵⁶⁶ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 129 LDIP, n° 29, p. 1101.

¹⁵⁶⁷ ATF 136 III 23, cons. 6.1.

¹⁵⁶⁸ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 134, p. 1844.

¹⁵⁶⁹ *Idem*, ad art. 5 CL, n° 134, p. 1844 s.

¹⁵⁷⁰ *Idem*, ad art. 133 LDIP, n° 16, p. 1118, dans le cadre de la localisation du lieu du résultat dommageable lors de la détermination du droit applicable en matière délictuelle.

- 977 Finalement et de manière générale, la doctrine suisse serait favorable à un « renforcement du point de rattachement »¹⁵⁷¹ du lieu du résultat¹⁵⁷². On peut supposer que la notion de « *bestimmungsgemäss Abrufbarkeit* » remplirait cette fonction si elle était définie précisément. Elle permettrait, de surcroît, d'éviter le *forum shopping*¹⁵⁷³ et créerait un lien de proximité bienvenu avec le for¹⁵⁷⁴.

3. Lieu de l'évènement causal

a) *Jurisprudence suisse*

i. Art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP

- 978 La plupart des arrêts suisses relatifs aux art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP se concentrent sur la localisation du lieu du résultat dommageable dans la mesure où ce lieu correspond en principe au for choisi pour les actions en contrefaçon¹⁵⁷⁵.
- 979 Un arrêt mérite toutefois une brève mention. Cet arrêt ne concerne pas, en tant que tel, la localisation de l'évènement causal au sens de l'art. 5 ch. 3 CL en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet, mais concerne la compétence des autorités suisses pour un acte illicite commis à distance¹⁵⁷⁶. Dans cette affaire, qui concernait, notamment, l'envoi d'un écrit par fax, le Tribunal fédéral a conclu que « *[b]ei durch Fernschreiben begangenen Delikten liegt der Handlungsort dort, wo der Täter das Schreiben sendete* »¹⁵⁷⁷, soit le lieu à partir duquel le texte a été envoyé. L'arrêt mentionne également, à titre exemplatif, le lieu de diffusion en tant que lieu de l'évènement causal¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷¹ DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 154, p. 1850.

¹⁵⁷² Voir *supra* Chapitre troisième, III, C, 2, c), ii et iii.

¹⁵⁷³ BUNDI MARCO, Bundesgerichtsentscheid 4C.341/2005, p. 149.

¹⁵⁷⁴ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 135, p. 1845.

¹⁵⁷⁵ Voir not. l'arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007 ; arrêt de l'*Obergericht Zurich* du 2 décembre 2011 n. p., LK110002, cons. III. 1. Dans l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015, cons. 1.1 ss, le tribunal a examiné le « lieu de l'acte ou du résultat » de manière globale. Le tribunal s'est toutefois appuyé sur la langue du site Internet ainsi que sur la livraison des produits en Suisse, éléments se rapportant *de facto* au lieu du résultat dommageable.

¹⁵⁷⁶ ATF 133 III 282.

¹⁵⁷⁷ ATF 133 III 282, cons. 5.2.

¹⁵⁷⁸ *Ibidem*.

ii. Art. 129 al. 1 LDIP

- 980 A l'instar du lieu du résultat dommageable, le lieu de l'évènement causal est également le critère de rattachement prévu à l'art. 129 al. 1 LDIP. Il convient dès lors d'examiner brièvement comment les tribunaux ont localisé ledit critère dans un environnement numérique.
- 981 En droit cantonal, le tribunal cantonal des Grisons¹⁵⁷⁹ a considéré que la localisation du lieu de l'évènement causal pouvait être écartée dans la mesure où la compétence des tribunaux suisses pouvait être fondée au lieu du résultat dommageable. Le tribunal a toutefois relevé que le lieu de l'évènement causal pouvait se situer au lieu de l'enregistrement du nom de domaine litigieux, lui-même localisé au siège du défendeur aux Émirats Arabes Unis, d'une part et, aux États-Unis en tant que siège de la société qui a réservé le nom de domaine (« *Sitz der Domain-Name Registrierungsstelle eNom Inc.* »)¹⁵⁸⁰, d'autre part.
- 982 En principe, les contrevenants mettent en ligne les contenus litigieux à leur domicile, de sorte que le lieu de la mise en ligne correspond au domicile du défendeur. En conséquence, si le défendeur est domicilié à l'étranger, rares sont les cas dans lesquels la compétence des autorités suisses pourra être basée sur l'art. 129 LDIP au titre de lieu de l'évènement causal¹⁵⁸¹.
- 983 Certains auteurs se sont référés à des notions de droit matériel pour localiser les critères de rattachement. Il a ainsi été fait référence à un arrêt datant de 1999, dans lequel le Tribunal fédéral avait localisé le lieu de commission d'un acte contrevenant à la Loi sur le droit d'auteur au lieu de chargement des données et non pas à l'endroit où se trouve le serveur¹⁵⁸².

b) Transposition des principes dégagés en droit européen

i. Constat

- 984 En droit suisse, la localisation du lieu de l'évènement causal en matière d'atteintes à la propriété intellectuelle n'a pas été précisément définie par la jurisprudence. Les quelques pistes de réflexion qui ont été apportées concernaient en effet un vecteur d'atteinte différent (un fax) ou une base légale différente (art. 129 LDIP).

¹⁵⁷⁹ Arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009, ZFE-08-3.

¹⁵⁸⁰ *Idem*, cons. 1. a.

¹⁵⁸¹ GILLIÉRON PHILIPPE, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, p. 190 s.

¹⁵⁸² Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 8G.43/1999 du 11 août 1999, cons. 2.a) et b), in : *sic !* 1999, p. 635 s.

- 985 Si les solutions ne viennent pas « d'en bas », elles peuvent être recherchées, selon les circonstances, « en haut », soit à la tête du système pyramidal, représenté, en l'occurrence, par le droit européen. Celui-ci doit être pris en compte lors de l'interprétation de la Convention de Lugano, qui elle-même influence l'interprétation des dispositions analogues dans le droit interne suisse¹⁵⁸³.
- 986 A l'instar du lieu du résultat dommageable¹⁵⁸⁴, la possibilité de transposer la jurisprudence européenne relative au lieu de l'évènement causal doit ainsi être examinée. Dans la mesure où la Cour de justice européenne a localisé ce critère de rattachement au lieu de l'établissement du contrefacteur dans ces deux arrêts *Wintersteiger* et *Hejduk*, ses arrêts seront étudiés en vue de déterminer s'ils peuvent être appliqués pour interpréter la Convention de Lugano.

ii. Lieu d'établissement du contrefacteur

(a) En matière d'atteinte à la propriété industrielle

- 987 En matière d'atteinte à une marque par le biais d'un moteur de recherche, la Cour de justice européenne a localisé le lieu de l'évènement causal au lieu de l'établissement de l'annonceur¹⁵⁸⁵. A l'instar de la localisation du lieu du résultat dommageable, la Cour de justice européenne s'est référée à la Directive 2008/95/CE sur l'harmonisation du droit des marques pour conclure que « c'est l'annonceur sélectionnant le mot clé identique à la marque qui en fait un usage dans la vie des affaires »¹⁵⁸⁶. Cette conclusion est-elle transposable à la Convention de Lugano ? La Cour de justice européenne serait-elle arrivée à une solution différente si la directive n'avait pas été applicable ?
- 988 Afin de répondre à ces questions, il convient de replacer la conclusion de la Cour de justice européenne dans son contexte général. La Cour de justice a en effet écarté d'autres critères de localisation, tel que le serveur appartenant à l'exploitant du moteur de recherche par exemple, dans la mesure où ceux-ci ne respecteraient pas l'objectif de prévisibilité des règles de conflit de juridictions¹⁵⁸⁷. La Cour a en outre rappelé que le principe de territorialité n'excluait pas la localisation du critère de rattachement dans un autre État que celui d'enregistrement¹⁵⁸⁸. A ce stade, le raisonnement de la Cour de justice est en adéquation, sinon identique, à

¹⁵⁸³ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), i.

¹⁵⁸⁴ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, b), iii.

¹⁵⁸⁵ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 38.

¹⁵⁸⁶ *Idem*, cons. 35.

¹⁵⁸⁷ *Idem*, cons. 36.

¹⁵⁸⁸ *Idem*, cons. 30.

celui prévalant sous l'égide de la Convention de Lugano. Si l'on s'en tient à l'ensemble des considérants de la Cour de justice, la référence à la Directive 2008/95/CE n'implique pas que l'arrêt soit empreint de droit européen. La doctrine voit d'ailleurs dans les diverses références faites par la Cour de justice à cette directive une tentative hasardeuse de justifier son raisonnement¹⁵⁸⁹, preuve que le droit européen n'a pas, en réalité, exercé une influence décisive sur sa décision. Dans la mesure où les références à la Directive 2008/95/CE n'ont pas été déterminantes dans la localisation du lieu de l'évènement causal, la jurisprudence *Wintersteiger* peut être prise en compte lors de l'interprétation de la Convention de Lugano.

- 989 Par conséquent, le lieu de l'évènement causal au sens de l'art. 5 ch. 3 CL peut être localisé au lieu de l'établissement de l'annonceur en cas d'atteinte à une marque par le biais d'un moteur de recherche.

(b) *En matière d'atteinte au droit d'auteur*

- 990 Dans son arrêt *Hejduk*, la Cour de justice européenne a localisé le lieu de l'évènement causal au siège du contrefacteur en tant qu'endroit où le déclenchement du processus d'affichage a eu lieu¹⁵⁹⁰. Pour arriver à cette conclusion, la Cour de justice a appliqué par analogie l'arrêt *Wintersteiger*¹⁵⁹¹. Dans la mesure où cet arrêt peut être pris en compte pour l'interprétation de la Convention de Lugano, rien ne s'oppose à ce que les conclusions de l'arrêt *Hejduk* soient également reprises dans le cadre de l'interprétation de cette convention. Outre l'application analogique de l'arrêt *Wintersteiger*, la seule référence de la Cour de justice au droit européen concerne l'étendue de la protection du droit d'auteur à la lumière de la Directive 2001/29/CE. Cette référence n'est toutefois pas de nature à avoir une influence sur la localisation du critère de rattachement¹⁵⁹² et ne représente ainsi pas un obstacle à la transposition de cette jurisprudence en droit suisse.

¹⁵⁸⁹ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 214 s., relève ainsi une « *Verwirrung stifende* ». LEHMANN MATTHIAS/STIEPER MALTE, *Anmerkung zu EuGH Wintersteiger*, p. 1019, y voient un « *Taschenspieltrick, bei dem ein Gegenstand in eine Tasche gesteckt wird, um ihn bei passender Gelegenheit aus einer anderen wieder herauszuholen* ».

¹⁵⁹⁰ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 24 s.

¹⁵⁹¹ *Idem*, cons. 24.

¹⁵⁹² Pour l'examen de l'impact de la Directive 2011/29/CE sur les critères de rattachement, voir *supra* Chapitre troisième, III, C, 2, b), iii, (b).

- 991 A l'instar du lieu désigné en matière de propriété industrielle, le lieu de l'évènement causal au sens de l'art. 5 ch. 3 CL peut ainsi être considéré comme désignant les tribunaux du lieu de l'établissement du contrefacteur.

c) Discussion autour des principes jurisprudentiels

i. Localisation au lieu de l'établissement du contrefacteur

- 992 La localisation au lieu de l'établissement du contrefacteur, telle qu'elle a été retenue par la Cour de justice européenne, appelle deux remarques propres à sa transposition en droit suisse.

(a) Principe de territorialité

- 993 Dans la mesure où la Cour de justice européenne a dit pour droit que le principe de territorialité n'excluait pas la compétence des autorités d'un État dans lequel le droit de propriété intellectuelle n'est pas enregistré¹⁵⁹³, la jurisprudence suisse du Tribunal fédéral issue de l'ATF 132 III 778 est dépassée¹⁵⁹⁴. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait en effet considéré que l'art. 5 ch. 3 CL ne pouvait pas attribuer la compétence aux autorités d'un État sur le territoire duquel le droit de propriété intellectuelle (en l'occurrence un brevet) n'était pas protégé. Selon le Tribunal fédéral, les autorités de l'État du for ne peuvent pas se prononcer sur un brevet étranger dans la mesure où le lien étroit entre la cause et le for, voulu par l'art. 5 ch. 3 CL, fait défaut¹⁵⁹⁵. Les conclusions de la Cour de justice européenne appliquées à l'ATF 132 III 778 fonderaient dès lors la compétence des autorités du for, quand bien même le brevet ne jouirait d'aucune protection dans cet État.
- 994 La possible localisation du lieu de l'évènement causal en dehors de l'État d'enregistrement du droit de propriété intellectuelle donne en conséquence raison à la doctrine qui avait critiqué l'ATF 132 III 778 dans ce sens¹⁵⁹⁶.
- 995 Le principe implique en outre, *de facto*, que les actions en constatation négative doivent pouvoir être introduites tant au lieu de l'évènement dommageable qu'au lieu du résultat, sans égard au fait que ce premier se situe en dehors de l'État de

¹⁵⁹³ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 30.

¹⁵⁹⁴ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 215.

¹⁵⁹⁵ ATF 132 III 778, cons. 3.

¹⁵⁹⁶ Voir not. HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 608 s., p. 240 s. ; LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Immaterialgüterrecht*, n° 764 ss, p. 635 ss ; RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 132 ss ; VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, *Rechtsprechung* 2006, p. 533 ; WILDERSPIN MICHAEL, p. 794.

protection du droit de propriété intellectuelle, contrairement à ce qui avait été décidé dans les ATF 133 III 282 et 132 III 778¹⁵⁹⁷.

- 996 La clarification du rôle du principe de territorialité par la Cour de justice européenne est ainsi la bienvenue, y compris dans le cadre de l'application de la Convention de Lugano¹⁵⁹⁸.

(b) Adéquation du critère retenu par la Cour de justice

- 997 Ce critère a reçu le soutien de certains auteurs suisses qui prônent une localisation du lieu de l'évènement causal au lieu d'établissement du contrefacteur, dans la mesure où il représente, en principe, l'endroit à partir duquel le contenu litigieux est mis en ligne¹⁵⁹⁹.
- 998 Toutefois, dans la mesure où la localisation du serveur est un critère manipulable, il a été proposé d'en tenir compte uniquement dans les cas où l'exploitant du serveur a joué un rôle dans l'accomplissement de l'acte illicite¹⁶⁰⁰.
- 999 Selon cette même doctrine, si l'atteinte à la propriété intellectuelle s'est en outre effectuée par le truchement d'un réseau d'ordinateurs, le lieu de l'évènement causal devrait être celui où se situe l'ordinateur à partir duquel le contrevenant a donné l'ordre principal de mise en ligne¹⁶⁰¹.

ii. Autres critères de localisation proposés

- 1000 La jurisprudence étant restée muette sur la localisation du lieu de l'évènement causal lors d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle par Internet, la doctrine s'est prononcée sur les critères qu'elle estime applicables en vue d'interpréter le critère de rattachement de manière générale, soit dans le cadre de l'application de l'art. 109 al. 2 LDIP, mais également des art. 129 al. 1 et 133 al. 2 LDIP.

¹⁵⁹⁷ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 220.

¹⁵⁹⁸ Dans ce sens, LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 218, et les références citées.

¹⁵⁹⁹ ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet*, p. 295.

¹⁶⁰⁰ *Idem*, p. 293 s.

¹⁶⁰¹ *Idem*, p. 295.

(a) *Lieu de la mise en ligne*

- 1001 L'ATF 133 III 282, relatif à un délit commis à distance par fax, peut être transposé à l'environnement numérique. Le lieu à partir duquel l'écrit a été envoyé correspondrait – en matière d'atteinte par le biais d'Internet – au lieu de la mise en ligne.
- 1002 Ce lieu serait ainsi celui où le défendeur était physiquement et géographiquement localisé¹⁶⁰².
- 1003 Le lieu de la mise en ligne du contenu délictueux ou du chargement des données est également le critère retenu par la doctrine relative à l'art. 129 al. 1 LDIP¹⁶⁰³. Il en va de même lors de l'interprétation de l'art. 133 al. 2 LDIP. En effet, les notions de « lieu de l'acte » et de « lieu du résultat » au sens des art. 129 et 133 LDIP doivent être interprétées de manière homogène et doivent, à leur tour, suivre l'interprétation donnée à celles-ci à la lumière de l'art. 5 ch. 3 CL¹⁶⁰⁴.
- 1004 Le législateur suisse a également opté pour le critère de rattachement au lieu de l'acte ou du résultat aux fins de déterminer le droit applicable à l'action délictuelle. Ce critère de rattachement diffère toutefois de celui de l'art. 109 al. 2 LDIP dans la mesure où le demandeur n'a pas le choix entre ces deux critères de rattachement¹⁶⁰⁵. Si l'auteur de l'acte illicite devait prévoir que le résultat se produirait dans un autre État que celui de commission de l'acte, le demandeur doit agir au lieu du résultat¹⁶⁰⁶. Le principe d'ubiquité n'a ainsi pas été repris à l'art. 133 al. 2 LDIP¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰² HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 601, p. 239 ; ROSENTHAL DAVID, *Unerlaubten Handlungen im Internet*, p. 1342.

¹⁶⁰³ BONOMI ANDREA, *Commentaire romand*, ad art. 129 LDIP, n° 29, p. 1101 ; DUTOIT BERNARD, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, p. 181 ; GILLIÉRON PHILIPPE, *La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet*, p. 190 s.

¹⁶⁰⁴ UMBRICHT ROBERT/RODRIGUEZ RODRIGO/KRÜSI MÉLANIE, BSK-IPRG, ad art. 129 LDIP, n° 16, p. 1139.

¹⁶⁰⁵ DUTOIT BERNARD, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, p. 167.

¹⁶⁰⁶ L'art. 133 al. 2 LDIP dispose que « [l]orsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même État, ces prétentions [celles fondées sur l'acte illicite] sont régies par le droit de l'État dans lequel l'acte illicite a été commis. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre État, le droit de cet État est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait ».

¹⁶⁰⁷ BONOMI ANDREA, *Commentaire romand*, ad art. 133 LDIP, n° 9, p. 1116. De manière générale, le principe d'ubiquité ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable. Certaines règles reprennent ces critères conjointement mais en y incluant un rattachement en cascade (art. 133 al. 2 LDIP), alors que d'autres ne contiennent que l'un ou l'autre de ces critères (art. 136 al. 1 LDIP). Voir à ce sujet BONOMI ANDREA, *Commentaire romand*, ad art. 5 CL, n° 127, p. 1843.

- 1005 Malgré le fait que l'art. 133 al. 2 LDIP est rarement utilisé en pratique, étant donné le nombre de dispositions spéciales en la matière (responsabilité du fait des produits, concurrence déloyale, entraves à la concurrence, atteintes à la personnalité, atteintes à la propriété intellectuelle)¹⁶⁰⁸, son interprétation est néanmoins relevante dans le cadre de la présente étude.
- 1006 Selon DUTOIT, lors d'atteintes commises sur Internet, le lieu de l'acte désigne le droit de l'État de mise en ligne, à savoir celui de l'endroit où le contenu a été *uploaded*¹⁶⁰⁹.
- 1007 Le for ainsi ouvert présenterait néanmoins deux inconvénients majeurs. Le premier inconvénient porte sur le caractère manipulable du critère de la mise en ligne. L'auteur relève toutefois que cet inconvénient pourrait, cas échéant, être amenuisé par un renversement du fardeau de la preuve¹⁶¹⁰.
- 1008 L'autre inconvénient réside dans la localisation du critère. En effet, le lieu de la mise en ligne peut être, dans certaines circonstances, difficilement localisable¹⁶¹¹. Il peut en outre être plurilocalisé, si le demandeur opère depuis plusieurs États¹⁶¹², complexifiant de surcroît la détermination du rattachement.
- 1009 Dans l'hypothèse où le lieu de mise en ligne et le lieu de conception de l'acte délictueux se produisent dans des États différents, il conviendrait ainsi de considérer, selon DUTOIT, que le lieu de l'acte désigne deux États, étant entendu que le « lieu de conception et de développement se trouve au domicile (ou à la résidence habituelle), voire au siège, de l'auteur de l'acte »¹⁶¹³. Dans la même direction, BONOMI propose de retenir « le pays où l'auteur est établi (...) ou dans lequel il exerce une activité professionnelle » dans les hypothèses où le lieu de la mise en ligne ne pourrait pas être déterminé de manière certaine¹⁶¹⁴.

(b) Lieu où le serveur est localisé

- 1010 Le lieu où se trouve le serveur a également été évoqué en droit suisse.

¹⁶⁰⁸ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 133 LDIP, n° 16, p. 1118.

¹⁶⁰⁹ DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 167. Dans ce sens également KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé, n° 546e, p. 298.

¹⁶¹⁰ DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 167, note de bas de page 263.

¹⁶¹¹ *Idem*, p. 180.

¹⁶¹² *Ibidem*.

¹⁶¹³ DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 168.

¹⁶¹⁴ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 133 LDIP, n° 16, p. 1118.

- 1011 Un reproche élevé à l'encontre de ce critère de localisation porte sur son emplacement, qui est souvent inconnu du défendeur et sur lequel il n'a pas d'emprise¹⁶¹⁵ ainsi que sa manipulabilité¹⁶¹⁶. Selon certains auteurs, ce critère ne peut être relevant que si l'auteur a lui-même agi par le biais du serveur et non pas s'il a agi par le biais d'un autre réseau d'ordinateurs¹⁶¹⁷. La transmission de données ainsi que leur enregistrement (sur le serveur) ne relèvent en conséquence plus de la sphère de compétence du fournisseur de contenu et ne peuvent ainsi caractériser l'évènement causal¹⁶¹⁸.

4. Conclusion

a) Principe d'ubiquité

- 1012 La question centrale du principe d'ubiquité semble avoir trouvé sa réponse. Dans une optique d'euro-compatibilité, et dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de justice européenne peut et doit être reprise en vue d'interpréter les dispositions analogues comprises dans la Convention de Lugano, le principe d'ubiquité s'applique à l'art. 5 ch. 3 CL et à l'art. 109 al. 2, 2^{ème} phrase LDIP. Le Tribunal fédéral l'a de surcroît confirmé¹⁶¹⁹ : en matière d'atteintes à un droit de propriété intellectuelle par le biais d'Internet, l'art. 5 ch. 3 CL doit être interprété comme désignant tant le lieu de l'évènement causal que le lieu du résultat dommageable¹⁶²⁰. Il appartient ainsi au demandeur de choisir le for de son action.

i. Lieu du résultat dommageable

- 1013 Le lieu du résultat dommageable présente une première option à la disposition du demandeur. La localisation de ce critère de rattachement est toutefois plus périlleuse en Suisse que dans un État européen. La jurisprudence suisse est en effet protéiforme. Elle ne définit pas précisément quels sont les critères applicables en vue de localiser le lieu du résultat dommageable. Toutefois, selon la jurisprudence, la compétence des autorités du for est à tout le moins fondée

¹⁶¹⁵ DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 167.

¹⁶¹⁶ KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé, n° 546e, p. 298.

¹⁶¹⁷ ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet, p. 294.

¹⁶¹⁸ ROSENTHAL DAVID, Unerlaubten Handlungen im Internet, p. 1342.

¹⁶¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007, cons. 4.1.

¹⁶²⁰ *Contra* : WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, p. 109 s., qui considère que l'art. 5 ch. 3 CL n'ouvre un for qu'au lieu où il est porté atteinte au droit de propriété intellectuelle.

lorsque le site Internet entretient des liens plus étroits avec le territoire suisse que sa simple accessibilité. Cette tendance se dessine tant dans l'interprétation de la Convention de Lugano que dans celle de la LDIP. Il en va de même au niveau interne, en application aussi bien des règles spéciales de la LDIP relevant de la propriété intellectuelle que des règles générales en matière d'actes illicites.

- 1014 La jurisprudence suisse, soutenue par la doctrine, se rapproche ainsi de la tendance générale des États européens qui avaient renoncé au principe de l'accessibilité pour exiger un lien plus étroit avec le for¹⁶²¹. Cette approche va toutefois à l'encontre des principes dégagés par la Cour de justice européenne qui consacre définitivement le principe de l'accessibilité.
- 1015 En application de la jurisprudence européen, l'art. 5 ch. 3 CL peut ainsi fonder un for en Suisse lorsque le site Internet est accessible sur le territoire suisse et que le droit de propriété intellectuelle y est protégé. Aucune autre condition ne devrait être exigée.
- 1016 De la même manière, l'art. 109 al. 2 LDIP devrait fonder un for en Suisse lorsque le site Internet, vecteur de l'atteinte, est accessible en Suisse et que le droit de propriété intellectuelle y est protégé.

ii. Lieu de l'évènement causal

- 1017 Le lieu de l'évènement causal est une seconde option. Si l'on suit la jurisprudence de la Cour de justice européenne, ce for est situé au lieu d'établissement du contrefacteur dans la mesure où il représente l'endroit de déclenchement du processus d'affichage. Cette localisation semble correspondre en outre à la jurisprudence suisse qui avait retenu le lieu à partir duquel le texte est envoyé¹⁶²², ainsi que le siège du défendeur ou le siège de la société qui a réservé le nom de domaine¹⁶²³.
- 1018 Finalement, cette localisation doit se faire indépendamment de l'étendue de la protection accordée au droit de propriété intellectuelle. La transposition de la jurisprudence *Wintersteiger* de la Cour de justice européenne à la Convention de Lugano implique que les autorités suisses soient compétentes au sens de l'art. 5 ch. 3 CL pour se prononcer sur un droit de propriété intellectuelle tant suisse qu'étranger.

¹⁶²¹ Cette tendance était toutefois observée avant les derniers arrêts de la Cour de justice européenne en la matière. Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, a).

¹⁶²² ATF 133 III 282.

¹⁶²³ Arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009, ZFE-08-3.

1019 De manière indirecte, cette conclusion implique que les autorités suisses saisies en vertu de l'art. 109 al. 2 LDIP sont également compétentes pour examiner une demande relative à la violation d'un droit de propriété intellectuelle protégé en suisse ou à l'étranger.

b) Application de l'arrêt Shevill

1020 En matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle au moyen d'Internet, les principes issus de l'arrêt *Shevill* trouvent également application. Le demandeur à l'action en contrefaçon pourra ainsi saisir les tribunaux du lieu de l'événement dommageable, compétents pour se prononcer sur l'intégralité du dommage éprouvé, ou les tribunaux du lieu du résultat dommageable, compétents pour se prononcer sur le dommage subi dans l'État du for (théorie de la mosaïque).

1021 En lien avec le lieu du résultat dommageable, il est intéressant de relever à titre subsidiaire que certains auteurs remettent en cause l'application de la jurisprudence *Shevill* en ce qu'elle attribue une compétence limitée aux tribunaux du lieu du résultat. En effet, DUTOIT relève qu'en vue d'éviter l'éclatement du contentieux, tant l'art. 129 al. 1 LDIP que l'art. 5 ch. 3 CL devraient permettre aux tribunaux de se prononcer sur l'ensemble du dommage éprouvé¹⁶²⁴.

1022 *A contrario*, selon CHERPILLOD, la compétence du juge du *forum delicti* de l'art. 109 al. 2 LDIP devrait être limitée au dommage subi dans l'État du for¹⁶²⁵. L'auteur se prononçait toutefois sur le critère de rattachement unique au lieu où la protection est demandée, selon l'ancienne formulation de l'art. 109 LDIP.

c) Compétence internationale et interne

1023 Les art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP désignent non seulement l'État dont les autorités sont compétentes, mais également les autorités compétentes *ratione loci* à l'intérieur de cet État¹⁶²⁶. Dans la mesure où elle détermine directement le tribunal compétent, sans recourir au règles internes, la compétence directe est dite « internationale et interne »¹⁶²⁷. A l'instar de l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*, l'interprétation des art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP relative au lieu du résultat

¹⁶²⁴ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 129 LDIP, n° 16, p. 586.

¹⁶²⁵ CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 125.

¹⁶²⁶ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV. Voir également l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015, cons. 1.1.

¹⁶²⁷ ATF 125 III 346, cons. 4 b).

lors d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle ne permet toutefois pas de déterminer la compétence interne¹⁶²⁸.

- 1024 Selon la doctrine, dans la mesure où le principe de l'accessibilité dans l'État de protection est retenu, ce lieu pourrait désigner, *ratione loci*, tous les tribunaux de l'État de protection¹⁶²⁹.
- 1025 Du côté de la jurisprudence suisse, certains tribunaux cantonaux ont examiné leur compétence interne à la lumière des règles susmentionnées. Dans un arrêt lucernois¹⁶³⁰, le tribunal saisi avait été amené à situer le lieu du résultat dommageable en Suisse lors d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet à la lumière de l'art. 25 aLFors¹⁶³¹. Le tribunal avait localisé ce lieu en tout endroit à partir duquel le site Internet était accessible (« *jeder Ort in der Schweiz, von dem aus die Website abrufbar ist* »)¹⁶³². Le site Internet étant accessible depuis le canton de Lucerne, le tribunal lucernois avait admis sa compétence¹⁶³³. Dans un autre arrêt cantonal, le tribunal zurichois saisi s'était déclaré compétent dans la mesure où il siégeait dans le canton de domicile d'un client ayant effectué un achat-test sur le site Internet¹⁶³⁴. Finalement, et selon la Cour de justice genevoise, lorsque les critères de rattachement désignent plusieurs tribunaux compétents en Suisse, il convient de considérer que le demandeur peut librement choisir le tribunal qu'il souhaite saisir¹⁶³⁵.
- 1026 Il convient en outre de relever que le lieu de l'événement causal et le lieu du résultat dommageable des art. 5 ch. 3 CL et 109 al. 2 LDIP peuvent désigner deux lieux à l'intérieur d'un même État. Selon la doctrine, rien ne s'oppose, dans une pareille hypothèse, à l'application des principes issus de l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*. Le demandeur serait ainsi libre de choisir de porter son action devant les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou ceux du lieu du résultat¹⁶³⁶. Selon

¹⁶²⁸ Voir *supra* Chapitre troisième, II, D, 2.

¹⁶²⁹ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, *Deliktzuständigkeit*, p. 217.

¹⁶³⁰ Arrêt de l'(ancien) *Obergericht Luzern* du 8 juillet 2004, LGVE 2004 I Nr. 35.

¹⁶³¹ Pour rappel, l'art. 25 aLFors disposait que « [l]e tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite ».

¹⁶³² Arrêt de l'(ancien) *Obergericht Luzern* du 8 juillet 2004, LGVE 2004 I Nr. 35, cons. 4.2.

¹⁶³³ *Ibidem*.

¹⁶³⁴ Arrêt de l'*Obergericht Zurich* du 2 décembre 2011 n. p., LK110002, cons. III. 1.

¹⁶³⁵ Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015, cons. 1.1 s. Dans cette affaire, la Cour genevoise avait admis sa compétence *ratione loci* sur la seule base du choix du demandeur qui avait ouvert action devant les autorités genevoises. Aucun critère supplémentaire ne liait l'affaire au canton de Genève en particulier.

¹⁶³⁶ DUCOR PHILIPPE, *Commentaire romand*, ad art. 5 CL, n° 149, p. 1848 s. et ad art. 109 LDIP, n° 37, p. 917.

BONOMI, une autre approche pourrait être envisagée. L'arrêt *Color Drack*¹⁶³⁷ pourrait être appliqué par analogie pour désigner les tribunaux du lieu où le dommage principal a été subi, lesquels seraient compétents pour se prononcer sur l'entier du dommage. Si le dommage principal ne peut pas être identifié, alors le choix du tribunal serait laissé à la libre appréciation du demandeur¹⁶³⁸.

d) *Compétence en matière de brevets d'invention*

1027 En vertu de l'art. 26 let. a LTFB, « le Tribunal fédéral des brevets a la compétence exclusive (...) de statuer sur les actions en validité ou en contrefaçon d'un brevet et les actions en octroi d'une licence sur un brevet ». En matière de contrefaçon, le Tribunal fédéral des brevets est ainsi exclusivement compétent. L'exclusivité ne touche toutefois pas toutes les actions relatives aux droits de propriété intellectuelle. En effet, les litiges relatifs à la titularité d'un brevet ou à sa cession, par exemple, ne relèvent pas de la compétence exclusive du Tribunal fédéral des brevets¹⁶³⁹. Si un tribunal cantonal est saisi d'un tel litige et que le défendeur soulève une exception ou soumet une question préjudicielle au juge relative à la nullité ou à la contrefaçon d'un brevet, le juge cantonal doit surseoir à statuer et renvoyer les parties à porter leur litige devant le Tribunal fédéral des brevets. Si le défendeur introduit une demande reconventionnelle portant sur l'un des domaines d'exclusivité du Tribunal fédéral des brevets, le tribunal cantonal lui transmet d'office les deux demandes¹⁶⁴⁰.

1028 Cette compétence exclusive du Tribunal fédéral des brevets a des répercussions sur la compétence *ratione loci* des tribunaux suisses, à tout le moins en ce qui concerne la compétence interne¹⁶⁴¹. En matière de brevet d'invention, l'art. 109 al. 2 LDIP (et *a fortiori* l'art. 5 ch. 3 CL) ne fondent ainsi désormais plus que la compétence internationale des tribunaux suisses¹⁶⁴². Seul le Tribunal fédéral des brevets, situé à Saint-Gall, est compétent *ratione loci* pour se prononcer sur les litiges en contrefaçon.

¹⁶³⁷ Arrêt *Color Drack*, CJCE, cons. 27 ss. Cet arrêt concernait un litige portant sur un contrat de vente de marchandises, dont l'exécution, au sens de l'art. 5 ch. 1 Règlement Bruxelles I, était prévue en plusieurs lieux en Autriche. La Cour de justice avait conclu, qu'« [à] défaut de pouvoir déterminer le lieu de la livraison principale, chacun des lieux de livraison présente un lien suffisant de proximité avec les éléments matériels du litige et, partant, un rattachement significatif sur le plan de la compétence judiciaire » (cons. 42).

¹⁶³⁸ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 42, p. 1846 s.

¹⁶³⁹ DESSEMONTET FRANÇOIS/DESSEMONTET RAPHAËL, Propriété intellectuelle, p. 155.

¹⁶⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁴¹ JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 5c, p. 905.

¹⁶⁴² DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 109 LDIP, n° 9, p. 910.

IV. Synthèse

- 1029 L'examen jurisprudentiel des règles relatives à la compétence internationale en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle a permis de mettre en exergue les tensions dogmatiques existant entre le système américain, d'une part, et les systèmes européen et suisse, d'autre part.
- 1030 Les tribunaux américains se livrent à une interprétation casuistique, alors que les tribunaux européen et suisse doivent fonder leur compétence sur des règles établies. Le droit américain laisse ainsi une large place au pouvoir d'appréciation du juge de la contrefaçon, lorsque les droits européen et suisse préfèrent des règles assurant une certaine prévisibilité.
- 1031 Les droits européen et suisse ne connaissent pas la condition de « *at home* » fondant la compétence personnelle générale des tribunaux américains. De surcroît, les tribunaux américains ont recours au *forum non conveniens* alors que cette doctrine ne se retrouve pas dans les droits suisse et européen. Quant à elles, les règles européennes et suisses ont pour objectif principal la prévisibilité du for et visent à réduire au maximum le risque de *forum shopping*.
- 1032 La différence la plus marquante a trait à l'application des principes fondant la compétence internationale du juge en matière d'atteinte au droit de propriété intellectuelle sur Internet. Alors que les États-Unis ont abandonné le critère de l'accessibilité, la Cour de justice européenne l'a clairement consacré dans ses derniers arrêts de principe.
- 1033 Les systèmes analysés dans la présente étude ne présentent toutefois pas que des antagonismes, ils concordent sur un point essentiel : l'incapacité des règles en vigueur à fixer un cadre clair lors de litiges en matière de propriété intellectuelle commis sur Internet. Dans chacun des systèmes, l'insécurité quant aux conditions exigées pour fonder la compétence des tribunaux du for dans ce type de litiges est totale.
- 1034 L'évolution historique jurisprudentielle sur la scène internationale montre toutefois une tendance à la prise de conscience des caractéristiques intrinsèques que présentent les litiges sur Internet. Les connaissances techniques guident les praticiens vers une meilleure compréhension de la nature des activités menées sur le Web et vers une réponse plus adéquate en termes de justiciabilité des différends internationaux. Ces réponses emboîtent le pas aux (r)évolutions technologiques mais conservent, à l'heure actuelle, une longueur de retard.
- 1035 Pour les différents acteurs du Web, le besoin d'harmonisation est à l'image d'Internet : instantané.

1036 Au vu de ce qui précède, nous allons maintenant procéder à une analyse comparative des réponses apportées dans les différents systèmes afin de proposer une (ou plusieurs) règle(s) de conflit de juridictions susceptibles de trouver un consensus international. Cette proposition se fera à la lumière de la jurisprudence internationale, de la doctrine y relative ainsi que des projets de droit non contraignants qui ont vu le jour suite à l'échec de la mise en œuvre d'une convention internationale à la Conférence de La Haye.

CHAPITRE QUATRIÈME. PROPOSITION DE REGLE DE CONFLIT DE JURIDICTIONS EN MATIERE D'ATTEINTE AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE SUR INTERNET

Y a-t-il un « Là » là ?¹⁶⁴³

I. Constat

- 1037 La présente étude nous a montré que les litiges en matière de propriété intellectuelle en ligne sont récurrents et sont amenés à prendre encore plus d'ampleur dans la mesure où le commerce en ligne évolue et Internet se développe sans cesse. Les droits de propriété intellectuelle sont particulièrement touchés par la numérisation des supports traditionnels. Ils subissent ainsi de plein fouet cette évolution technologique engendrant une recrudescence des atteintes commises en ligne.
- 1038 La nature ubiquitaire d'Internet engendre par définition des délits plurilocalisés. Les atteintes en ligne impliquent en effet que le lieu de l'évènement causal est distinct de celui du résultat dommageable de l'atteinte, qui lui-même est multiple. Il en va ainsi d'un contrefacteur qui met en ligne dans un pays X un contenu protégé par un droit de propriété intellectuelle sans en avoir l'autorisation, lequel matériel se retrouve visible dans tous les États dans lesquels Internet est accessible.
- 1039 Dans la mesure où les atteintes présentent un caractère transfrontalier, les éléments d'extranéité appellent l'application du droit international privé. Lorsque les tribunaux examinent leur compétence à la lumière des règles de conflit de juridictions, pour les délits en contrefaçon sur Internet, ils sont confrontés à des problèmes de transcription des concepts traditionnels.
- 1040 Notre étude a permis de montrer que les États-Unis ont une approche sensiblement différente de celle prévalant en droit européen et en droit suisse en matière de règles de conflit de juridictions applicables en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle en ligne.

¹⁶⁴³ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?

- 1041 Premièrement, la condition des *minimums contacts* en droit américain est une notion qui, ainsi que l'implique la tradition de *common law*, laisse un large pouvoir discrétionnaire au juge. Ce large pouvoir d'appréciation est en contradiction avec la tradition de droit civil prévalant en droit européen et en droit suisse et qui repose sur un ensemble de règles ayant comme objectif final la prévisibilité et la sécurité du droit. Les concepts tels que « *traditional notions of fair play and substantial justice* » ou « *purposeful availment* » ainsi que les mécanismes généraux mis en place pour déterminer les « *minimum contacts* » sont trop vagues pour remplir les fonctions de prévisibilité et de sécurité du droit exigées en droit européen et en droit suisse.
- 1042 La notion de compétence personnelle générale du droit américain est également un concept qui est étranger aux droits européen et suisse, comme l'ont montré les discussions qui ont eu lieu dans le cadre de la négociation d'une convention internationale sur les règles de conflit de juridictions à la Conférence de La Haye.
- 1043 Les diverses approches nationales en matière d'interprétation des dispositions applicables, dans les différents systèmes juridiques étudiés, ont amené les tribunaux à rendre des décisions diamétralement opposées sur la scène internationale. Dans certains pays, la simple accessibilité d'un site Internet suffit à fonder la compétence de leurs tribunaux. Dans d'autres États au contraire, cette condition n'est pas suffisante, dans la mesure où le défendeur doit entretenir un lien plus étroit avec le for en vue de fonder la compétence internationale du juge saisi. L'examen de la jurisprudence relative à la compétence internationale du juge de la contrefaçon sur Internet nous a permis d'identifier un besoin de clarification.

II. Soft law

- 1044 L'échec des négociations relatives à la convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale à la Conférence de La Haye a notamment mis en exergue les problèmes liés à l'adoption de règles de for unifiées en matière de propriété intellectuelle. Partant de cet âpre constat, de

nouveaux groupes de travail ont vu le jour aux États-Unis, en Europe¹⁶⁴⁴ ainsi qu'en Asie¹⁶⁴⁵.

- 1045 Ces différents projets ont comme ambition commune de proposer des lignes directrices à l'attention du législateur ainsi que du praticien¹⁶⁴⁶. Ces différents principes ou lignes directrices de « *soft law* », de nature non-contraignante, proposent des solutions en vue de conjuguer droit international privé et propriété intellectuelle à l'ère de la mondialisation. Les propositions de ces groupes de travail, qui reflètent les traditions juridiques auxquelles ils appartiennent, ont le mérite d'apporter une lumière édifiante sur la matière.

A. ALI

- 1046 La première proposition a été initiée par l'*American Law Institute*¹⁶⁴⁷ en 2001. Depuis lors, DREYFUSS, GINSBURG¹⁶⁴⁸ et DESSEMONTET, panelistes nommés par l'*American Law Institute*, ont finalisé leurs travaux intitulés : « *Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* »¹⁶⁴⁹, soit en langue française : « Les Principes de l'*American Law Institute* sur la compétence internationale, le droit applicable et les jugements dans les causes civiles transnationales en matière de propriété

¹⁶⁴⁴ Pour un aperçu historique des travaux américains et européens, voir KUR ANNETTE/UBERTAZZI BENEDETTA, ALI Principles and CLIP Project, 89 ss. Il convient en outre de mentionner les travaux de l'International Law Association (ILA) et plus particulièrement ceux du comité de recherche en matière de propriété intellectuelle et de droit international privé. Le comité a publié des lignes directrices en matière de propriété intellectuelle et droit international privé (« *Draft Guidelines : Intellectual Property in Private International Law* ») en mai 2015. Ces lignes directrices se concentrent sur les « *non controversial issues* », proposant ainsi que certains sujets, dont les atteintes ubiquitaires (« *ubiquitous infringements* »), soient abordés lors de réunions ultérieures (voir le rapport intitulé : *Conference Report 2016 Johannesburg*, consultable sur <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1037>).

¹⁶⁴⁵ En Asie, on peut citer « The Transparency Principles and Joint Japanese-Korean Proposal » également appelés « Waseda Principles ». Dans la mesure où ces Principes sortent du cadre géographique de la présente étude, ils ne seront pas étudiés dans la suite du présent chapitre. Pour une étude de ces Principes, voir not. KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, General Report, p. 12 ss.

¹⁶⁴⁶ KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, Ubiquitous copyright infringements, p. 25 ss ; TREPPOZ EDOUARD, ALI et CLIP, p. 273 s.

¹⁶⁴⁷ L'*American Law Institute* est d'ailleurs l'auteur des *Restatements*.

¹⁶⁴⁸ Les professeurs DREYFUSS et GINSBURG avaient déjà proposé, en 2002, un projet de convention qui se basait sur celui proposé par la Conférence de La Haye : DREYFUSS ROCHELLE/GINSBURG JANE C., Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters, Chicago-Kent Law Review 2002, Vol. 77, p. 1065-1153.

¹⁶⁴⁹ Abrégés « Les Principes ALI » dans la présente étude.

intellectuelle »¹⁶⁵⁰. Les Principes ALI ont été adoptés par l'*American Law Institute* en mai 2007.

1047 Selon DESSEMONTET, les Principes ALI avaient pour objectif « *to facilitate the international trade and the cultural life while respecting the needs of the economy worldwide* »¹⁶⁵¹, en proposant des règles harmonisant les règles de conflit de juridictions et de lois en matière de propriété intellectuelle avec les règles générales applicables dans les différents systèmes juridiques présents sur la scène internationale¹⁶⁵². Les Principes ALI n'ont pas de force contraignante, ils représentent « un instrument destiné à faciliter la recherche d'une solution juste, de cas en cas, par les tribunaux des cinq continents s'ils se trouvent confrontés à une question de droit international privé que leur loi ou leur jurisprudence ne résout pas dans le domaine de la propriété intellectuelle »¹⁶⁵³.

1048 Les Principes ALI touchent une large palette de droits de propriété intellectuelle. Ils « s'appliquent aux causes civiles transnationales qui impliquent des droits d'auteur, des droits voisins du droit d'auteur, des brevets d'invention, des secrets de fabrication ou de commerce, des marques, des droits de propriété intellectuelle qui s'y rapportent, et toute convention à propos de l'un de ces droits »¹⁶⁵⁴.

1049 Les principes ALI consacrent en premier lieu une large place à l'autonomie des parties et tiennent ainsi compte de la Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for. En deuxième place, les règles de compétence internationale en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle reposent sur la traditionnelle dichotomie entre la compétence générale et la compétence spéciale.

1. Compétence générale

1050 Le principe du juge naturel du défendeur représente le premier fondement de la compétence selon les Principes ALI. A cette fin, le critère de rattachement de la résidence habituelle a été préféré au domicile du défendeur dans la mesure où la détermination de ce dernier diverge d'un système juridique à l'autre¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵⁰ Les principes de l'*American Law Institute* ont été traduits dans leur intégralité in : DESSEMONTET FRANÇOIS, CEDIDAC n° 5, mai 2009, p. 2 ss. Dans la suite du présent chapitre, nous nous référerons à la version française des Principes ALI susmentionnée.

¹⁶⁵¹ DESSEMONTET FRANÇOIS, *Transborder Litigation*, p. 34.

¹⁶⁵² *Ibidem*.

¹⁶⁵³ DESSEMONTET FRANÇOIS, *Dialogue intercontinental*, p. 98.

¹⁶⁵⁴ Sec. 102. (1) Principes ALI.

¹⁶⁵⁵ DESSEMONTET FRANÇOIS, *Les principes de l'American Law Institute*, p. 293. Voir à ce sujet *supra* Chapitre deuxième III, A, 1.

1051 Pour une personne physique, la résidence habituelle se situe « dans l'État dans lequel elle se trouve habituellement et où elle maintient des rapports professionnels ou personnels significatifs »¹⁶⁵⁶. Si les personnes physiques ne peuvent avoir qu'une seule résidence habituelle, les personnes morales peuvent avoir plusieurs résidences. « Une personne morale est résidente dans tout État dans lequel : (a) elle possède son siège statutaire ; (b) elle a été constituée ; (c) son administration centrale ou son quartier général est implanté ; ou (d) elle détient son établissement principal »¹⁶⁵⁷.

2. Compétence spéciale

1052 L'établissement d'une règle spéciale, applicable en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, a été l'obstacle le plus imposant auxquels les panelistes ont dû faire face¹⁶⁵⁸.

1053 Les Principes ALI proposent finalement une règle offrant trois options au demandeur. Celles-ci permettent d'attirer une personne dans un autre État que celui de sa résidence habituelle lorsque cette personne a étendu ses activités à l'extérieur des frontières de son État de résidence.

1054 Le défendeur peut premièrement être attiré dans l'État dans lequel il a « agi de manière significative, ou commis des actes préparatoires significatifs, en vue d'entreprendre ou de poursuivre la violation alléguée de droits de propriété intellectuelle »¹⁶⁵⁹. Ce tribunal sera compétent pour juger de l'ensemble des dommages subis, quand bien même ceux-ci seraient survenus à l'étranger¹⁶⁶⁰.

1055 Deuxièmement, et de façon alternative, une personne peut être attirée « dans tout État dans lequel ses activités donnent lieu à une prétention en violation de droits de propriété intellectuelle, lorsqu'on peut raisonnablement admettre qu'elle a dirigé ses activités vers cet État »¹⁶⁶¹. La compétence du tribunal saisi se limite au dommage éprouvé dans l'État du for¹⁶⁶². Un cas d'application proposé par DREYFUSS concernerait par exemple une personne exploitant un site Internet proposant des chansons dans une des langues officielles du Pakistan. Les prix y

¹⁶⁵⁶ Sec. 201. (2) Principes ALI.

¹⁶⁵⁷ Sec. 201. (3) Principes ALI.

¹⁶⁵⁸ DREYFUSS ROCHELLE, The American Law Institute Project, p. 19.

¹⁶⁵⁹ Sec. 204 (1), 1^{ère} phrase Principes ALI.

¹⁶⁶⁰ Sec. 204 (1), 2^{ème} phrase Principes ALI.

¹⁶⁶¹ Sec. 204 (2), 1^{ère} phrase Principes ALI.

¹⁶⁶² Sec. 204 (2), 2^{ème} phrase Principes ALI.

sont affichés en livre sterling et la publicité y afférente s'adresse à des entreprises anglaises de Bradford, ville qui possède une grande communauté pakistanaise.

1056 Troisièmement, le demandeur bénéficie d'une exception aux principes susmentionnés pour les cas dans lesquels le défendeur n'a pas de résidence ou qu'il n'a pas agi de manière significative au sens de la Sec. 204 (1) dans un État membre de l'OMC. Dans ces conditions, le défendeur peut être attiré devant les juridictions d'un État membre de l'OMC s'il dirige ses activités vers l'État du for¹⁶⁶³ ou s'il « sollicite ou maintient des contacts, des affaires, ou une audience dans cet État de façon régulière (...) »¹⁶⁶⁴. Cette exception est justifiée par le fait que les pays ne faisant pas partie de l'OMC n'ont pas mis en place le système de protection minimal des droits de propriété intellectuelle. L'objectif de cette exception est d'éviter que, dans les circonstances susmentionnées, un défendeur puisse se soustraire à la compétence des autorités des États membres de l'OMC s'il y effectue des activités. Cette option permet ainsi d'éviter les « *infringement heavens* » dans lesquels pourraient se cacher les contrefacteurs, tout en dirigeant leurs activités vers un des États membres de l'OMC¹⁶⁶⁵. En d'autres termes, si le demandeur ne peut pas attirer le défendeur dans un État membre de l'OMC sur la base des Sections 201 à 204 (1), il pourra l'attirer, pour l'ensemble du dommage subi, dans l'État vers lequel le défendeur a dirigé ses activités pour autant que ce dernier « sollicite ou maintient des contacts, des affaires, ou une audience dans cet État de façon régulière (...) »¹⁶⁶⁶.

1057 Les principes ALI ont été favorablement accueillis par la doctrine internationale. Ils ont en outre été cités dans certains arrêts topiques en matière de droit international de la propriété intellectuelle¹⁶⁶⁷.

B. CLIP

1058 *The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property* (CLIP) est un groupe d'experts en droit de la propriété intellectuelle et en droit international privé formé en 2004 sous l'égide des Max Planck Institutes de Munich et Hamburg. C'est dans ce contexte que le groupe d'experts a formulé

¹⁶⁶³ Sec. 204 (3), (a) Principes ALI.

¹⁶⁶⁴ Sec. 204 (3), (b) Principes ALI.

¹⁶⁶⁵ DREYFUSS ROCHELLE, *The American Law Institute Project*, p. 20.

¹⁶⁶⁶ Sec. 204 (3) Principes ALI.

¹⁶⁶⁷ Par ex. dans l'affaire *Lucasfilm*, UKSC, cons. 93, relevant notamment que les développements « *in European law are mirrored in proposals within the American Law Institute, which favour adjudication of foreign intellectual property rights, at least where issues of validity are not in issue* ».

des principes relatifs à la compétence, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers en matière de propriété intellectuelle dont la version finale date de 2011. Ils s'adressent aux législateurs aussi bien au niveau national qu'international, aux tribunaux et arbitres ainsi qu'aux parties dans leurs relations contractuelles et extracontractuelles en vue de leur servir de modèle¹⁶⁶⁸. Cette volonté s'inscrit dans le cadre d'un objectif supérieur de protection des droits de propriété intellectuelle à l'ère du commerce électronique et des avancées technologiques¹⁶⁶⁹. Il constitue de la sorte un texte parallèle aux Principes ALI¹⁶⁷⁰.

- 1059 Les Principes CLIP sont imprégnés par le droit européen et s'inspirent ainsi du Règlement Bruxelles I¹⁶⁷¹. Ils retiennent en conséquence un chef de compétence générale et un chef de compétence spéciale en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle¹⁶⁷².

1. Compétence générale

- 1060 La compétence générale est fondée sur la résidence habituelle du défendeur¹⁶⁷³. A l'instar des Principes ALI, la référence à la résidence habituelle, par opposition au domicile du défendeur, permet de tenir compte des conceptions différentes entre les pays de tradition de *civil law* et de *common law*¹⁶⁷⁴.

2. Compétence spéciale

- 1061 La règle de conflit de juridictions spéciale, proposée en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, contient le critère de rattachement du lieu où la contrefaçon s'est produite ou risque de se produire (« *where the alleged infringement occurs or may occur* »)¹⁶⁷⁵. Cette règle contient une exception. Le lieu où la contrefaçon s'est produite sera pris en considération à moins que le contrefacteur n'ait pas agi dans cet État et que son activité ne puisse pas être considérée comme dirigée vers l'État du for (« *unless the alleged infringer has*

¹⁶⁶⁸ Remarques liminaires à la partie 1 des Principes CLIP.

¹⁶⁶⁹ Préambule Principes CLIP.

¹⁶⁷⁰ KUR ANNETTE, Common European Principles, p. 9.

¹⁶⁷¹ KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, Ubiquitous copyright infringements, p. 14 ; KUR ANNETTE, Common European Principles, p. 10.

¹⁶⁷² KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 69.

¹⁶⁷³ Art. 2 : 101 Principes CLIP.

¹⁶⁷⁴ HEINZE CHRISTIAN, International Enforcement p. 58.

¹⁶⁷⁵ Art. 2 : 202 Principes CLIP.

*not acted in that State to initiate or further the infringement and her/his activity cannot reasonably be seen as having been directed to that State »)*¹⁶⁷⁶. Libellée de manière positive, la compétence des autorités du lieu où la contrefaçon s'est produite ne sera fondée que si le contrefacteur y a commis des actes à l'origine ou favorisant l'atteinte ou si celui-ci a ciblé l'État du for. En ce sens, l'art. 2 : 202 instaure un filtre négatif ou une « *escape clause* »¹⁶⁷⁷ qui exclut, dans une deuxième phase, la compétence des autorités saisies si l'auteur n'a pas agi dans ou dirigé ses activités vers le territoire du for¹⁶⁷⁸.

1062 La notion de ciblage, prévue à l'art. 2 : 202 CLIP, est en premier lieu pertinente lors d'atteintes commises par le biais des réseaux numériques. Aucune définition de la notion n'a été proposée. Elle doit toutefois se baser sur un examen de toutes les circonstances du cas d'espèce, soit notamment de la langue, du contenu du site ainsi que de tout autre élément qui permette de déduire qu'un territoire a été ciblé¹⁶⁷⁹. A cette fin, « [i]t is not sufficient that a message actually be received in the forum State, nor does it suffice that the defendant knew or could have known that a reception outside the targeted area was likely to occur, or was at least technically possible. Thus, the fact that a person using the Internet for advertising her business is aware that her message can be received wherever computers are connected to the Internet does not mean that her message is 'directed to' all those States »¹⁶⁸⁰.

1063 La réparation du dommage au lieu où la contrefaçon s'est produite est limitée au dommage subi dans l'État du for¹⁶⁸¹. Afin de tenir compte des nouveaux vecteurs de communication numériques, les Principes CLIP comprennent un alinéa spécial sur la réparation du dommage lorsque la contrefaçon est commise sur Internet. Les tribunaux saisis au titre de « lieu où la contrefaçon s'est produite » peuvent étendre leur compétence aux dommages subis dans d'autres États si les activités à l'origine de la contrefaçon n'ont pas entraîné d'effets substantiels dans l'État de résidence habituelle du défendeur.

1064 Pour que l'art. 2 : 203 (2) s'applique, il faut ainsi premièrement que la contrefaçon se soit produite par le biais d'un media ubiquitaire (« *ubiquitous media* »), deuxièmement, que les activités contrefaisantes n'aient pas d'effets dans le/les État(s) de résidence habituelle du contrefacteur et troisièmement qu'une partie

¹⁶⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷⁷ KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 69.

¹⁶⁷⁸ GRÜNBERGER MICHAEL, Anmerkung zu EuGH Pinckney, p. 63.

¹⁶⁷⁹ KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 75 s.

¹⁶⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁸¹ Art. 2 : 203 (1) Principes CLIP.

substantielle des activités ait été menée dans l'État du for ou que le dommage causé dans l'État du for soit substantiel par rapport au dommage dans son intégralité¹⁶⁸². Si ces conditions, relativement strictes¹⁶⁸³, sont remplies, la compétence des tribunaux du for sera étendue à l'ensemble du dommage¹⁶⁸⁴.

C. Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet

- 1065 Une autre proposition mérite une brève présentation. Il s'agit de la Recommandation concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet¹⁶⁸⁵, qui a été adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et par l'Assemblée générale de l'OMPI en 2001.
- 1066 La Recommandation s'adresse aux titulaires de marques qui souhaitent les utiliser sur Internet. Bien que les dispositions contenues dans cette Recommandation relèvent du droit matériel, elles peuvent donner des indices sur les facteurs à prendre en considération en vue de « rattacher » une activité sur Internet à un territoire.
- 1067 Aux termes de l'art. 2, « l'utilisation d'un signe sur l'Internet est assimilée à l'utilisation de ce signe dans un État membre aux fins des présentes dispositions sous réserve que cette utilisation ait des incidences commerciales dans cet État (...) ». Les incidences commerciales à prendre en considération sont listées à l'art. 3 de manière exemplative.
- 1068 Les facteurs permettant de déterminer si l'utilisation d'un signe sur Internet a des incidences commerciales ont trait en premier lieu aux activités commerciales portant sur des produits ou services identiques ou semblables à ceux pour lesquels le signe est utilisé sur Internet (art. 3 al. 1 let. a)), deuxièmement au niveau et à la nature de l'activité commerciale (art. 3 al. 1 let. b)), troisièmement aux rapports entre l'offre de produits sur Internet et l'État en question (art. 3 al. 1 let. c)), quatrièmement au rapport entre les modalités d'utilisation du signe sur Internet et cet État (art. 3 al. 1 let. d)) ; et cinquièmement au rapport entre l'utilisation du

¹⁶⁸² KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 203, p. 89.

¹⁶⁸³ Selon les termes de KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 203, p. 9.

¹⁶⁸⁴ PEUKERT ALEXANDER, CLIP Commentary, préambule, p. 29.

¹⁶⁸⁵ Accessible sur : <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/marks/845/pub845.pdf>.

signe sur Internet et un droit sur ce signe dans l'État en question (art. 3 al. 1 let. e)).

1069 Les facteurs contenus dans ces dispositions relèvent ainsi tant des contacts hors ligne que des contacts en ligne. Les lettres b) à d) donnent au surplus des détails sur les notions y relatives.

1070 Ainsi, le niveau et la nature de l'activité commerciale dans un État, au sens de l'art. 3 al. 1 let. b), se mesurent eu égard au service aux consommateurs ou aux relations commerciales avec les personnes de cet État (i) ; aux déclarations de l'opérateur quant à son intention de ne pas livrer certains territoires (ii) ; au service après-vente dans l'État (iii) ; ainsi qu'aux autres activités commerciales menées dans cet État et qui n'ont pas lieu sur Internet (iv).

1071 Le rapport entre l'offre de produits ou de services sur Internet et l'État en question, au sens de l'art. 3 al. 1 let. c) se concentre sur la licéité de la fourniture des produits et services dans l'État (i) et sur l'identité de la monnaie proposée avec celle de l'État (ii).

1072 Le rapport entre les modalités d'utilisation du signe sur Internet et l'État, au sens de l'art. 3 al. 1 let. d), se mesure eu égard à l'interactivité et à l'accessibilité aux internautes de l'État (i) ; à l'indication de tout moyen permettant d'entrer en relation avec un résident de cet État (ii) ; à l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau qui est le code de pays de cet État (iii) ; à la langue (iv) ; et à la consultation effective des internautes de cet État (v).

1073 Si ces facteurs nous sont désormais familiers, c'est parce qu'ils ont souvent été considérés par les tribunaux, dans les cas étudiés aux chapitres précédents, en vue de fonder ou de dénier leur compétence internationale. Cette Recommandation commune ainsi que ses notes explicatives sont de la sorte relevantes dans le cadre de la présente étude dans la mesure où elles donnent des informations utiles sur la façon d'utiliser les facteurs adoptés. Nous nous y référerons ainsi dans la suite du présent chapitre.

III. Approche retenue

A. Objectif

1074 L'étude jurisprudentielle que nous avons réalisée sur la scène internationale a mis en exergue l'inconstance des tribunaux étatiques lorsqu'il s'agit de localiser le fait dommageable. Malheureusement, cette tendance nuit à la sécurité du droit. Dans un monde en constante évolution, dans lequel les échanges se multiplient et se

globalisent, la tendance devrait être renversée. Les règles de droit international privé étatiques doivent s'adapter aux nouvelles technologies et emboîter le pas à la mondialisation.

- 1075 Comme nous avons pu le constater dans le cadre de la Conférence de La Haye, mettre sur pied une convention internationale n'est pas une sinécure. Les antagonismes, notamment en matière de propriété intellectuelle sur Internet, sont nombreux et à la mesure des différences qui caractérisent les différents systèmes juridiques en cause.
- 1076 Si une convention internationale n'est pas à l'ordre du jour, il est toutefois concevable de déterminer une règle de conflit de juridictions qui contiendrait des critères de rattachement susceptibles d'être appliqués tant en droit américain, en droit européen qu'en droit suisse. Notre étude a permis de mettre en exergue des tendances générales, qui se retrouvent, à différents degrés, dans les systèmes juridiques choisis.

B. Maintien de l'approche traditionnelle de droit international privé

- 1077 Notre étude a démontré qu'il n'y a pas lieu de révolutionner les règles de conflit de juridictions. En effet, les tribunaux n'ont eu de cesse d'appliquer, au fil du temps et avec plus ou moins de réussite, les règles en vigueur à ce nouveau vecteur d'atteintes que représente Internet. Les décisions rendues sur la scène internationale dénotent à cet égard une prise de conscience de la composante technologique d'Internet. Si elles manquent d'homogénéité en la matière, elles ont toutefois l'avantage de démontrer que les règles actuelles fixent un cadre minimal adéquat. Nous pensons ainsi que ce cadre permet une interprétation des règles actuelles afin qu'elles prennent en compte la nature particulière d'Internet. Bien qu'intéressantes, les thèses visant à considérer Internet comme un territoire à part entière, ou à tout le moins remettant en cause l'application du droit international privé, ne nous paraissent ni réalisables ni souhaitables en l'état.
- 1078 L'approche choisie dans le présent chapitre tend à établir des critères de rattachement applicables en matière d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet susceptibles d'être admis par le plus grand nombre de pays. Ces règles de rattachement objectif ne doivent cependant pas faire oublier que l'approche la plus simple consiste, dans la mesure où cela est envisageable dans un cas d'espèce, à ce que les parties conviennent du for par une prorogation de compétence. Cet accord n'étant pas aisé en matière d'atteinte aux droits de

propriété intellectuelle, les règles de rattachement objectif sont d'autant plus importantes en pratique.

C. For général et for spécial

1079 Afin de conserver une certaine homogénéité avec les règles traditionnelles, nous avons choisi de conserver la séparation classique entre le for général au domicile du défendeur et le for spécial au lieu où le fait dommageable s'est produit. Cette dichotomie a au demeurant été conservée dans les Principes ALI et CLIP et a fait ses preuves sur la scène internationale jusqu'à présent.

1080 Dans la mesure où le juge naturel au domicile du défendeur représente le fondement des règles de compétence, nous nous attarderons dans un premier temps sur ce for.

1. For général au domicile du défendeur

1081 Le for au domicile du défendeur est le fondement des règles de compétence internationale. En droit américain, la compétence personnelle – fixée originellement dans l'arrêt *Pennoyer c. Neff*¹⁶⁸⁶ – est fondée sur la *presence* ou sur le domicile du défendeur dans l'État du for. Le for au domicile du défendeur est également le pivot des règles de compétence en droits européen et suisse. Ce for est un principe universellement reconnu et consacré dans les instruments relatifs à la compétence internationale, de sorte qu'il convient de le conserver.

1082 Les Règlements de Bruxelles I et *Ibis* ainsi que la Convention de Lugano n'ont pas défini la notion de « domicile » des personnes physiques et renvoient à cet effet aux notions de droit interne. Dans la mesure où la notion de « domicile » n'est pas reconnue de la même manière dans certains pays de tradition de *common law* que dans les pays de tradition de *civil law* et qu'une définition autonome a été souhaitée, nous pensons qu'il convient de préférer la notion de résidence habituelle à celle de domicile, qui est en perte de légitimité sur la scène internationale. A l'instar des Principes ALI et CLIP qui ont retenu ce critère, nous pensons que celui-ci serait plus à même de trouver un consensus international.

1083 Quant aux sociétés et aux personnes morales, les instruments récents considèrent qu'elles sont réputées avoir leur domicile au lieu de leur siège statutaire ainsi qu'au lieu de leur incorporation ou de leur formation, au lieu de leur

¹⁶⁸⁶ Arrêt *Pennoyer c. Neff*, p. 733.

administration centrale, et finalement de leur établissement principal¹⁶⁸⁷. Dans la mesure où ces lieux sont désormais admis et appliqués sur la scène internationale, il convient de les conserver en l'état.

1084 De manière générale, une personne physique ne peut avoir plusieurs résidences habituelles alors qu'il en va différemment pour les personnes morales. En effet, une société peut être attraitée au for de chacun des lieux susmentionnés¹⁶⁸⁸. Il nous semble que ce principe est en train de s'imposer sur la scène internationale et nous sommes par conséquent d'avis de le reprendre tel quel.

1085 En l'état actuel de la législation, la compétence du juge naturel est étendue à l'ensemble du dommage subi par le demandeur et représente en ceci un avantage par rapport au *forum delicti*.

1086 Si le for général ne présente pas de difficulté d'interprétation liée à Internet en tant que vecteur de l'atteinte, l'hypothèse dans laquelle Internet peut influencer sur ce for est indirecte. En effet, le réseau numérique rend parfois l'identification et la localisation du défendeur plus ardue que dans le monde réel. Celui-ci peut en outre se trouver dans des paradis numériques et exploiter un site Internet depuis l'un de ces endroits. Cas échéant, le demandeur sera plus enclin à ouvrir action devant les autorités d'un autre État, possiblement plus proche de l'affaire en termes d'administration de la preuve, et qu'il considérera plus neutre de son point de vue¹⁶⁸⁹.

2. For spécial au lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire

a) Raison d'être

1087 Parallèlement au for au domicile du défendeur, un autre for est internationalement admis : le for au lieu où le fait dommageable s'est produit. Ce dernier représente souvent le for le plus efficient en termes de protection judiciaire des droits de propriété intellectuelle. Sa proximité avec la cause permet une meilleure

¹⁶⁸⁷ Au sens de l'art. 63 Règlement Bruxelles Ibis et de l'art. 60 al. 1 CL. Voir à ce sujet Sec. 201. (3) Principes ALI ; Art. 2 : 601 Principes CLIP ; DESSEMONTET FRANÇOIS, Les principes de l'*American Law Institute*, p. 293 ; DREYFUSS ROCHELLE, The American Law Institute Project, p. 18 ; METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 253.

¹⁶⁸⁸ Voir à ce sujet Sec. 201. (3) Principes ALI ; Art. 2 : 601 Principes CLIP ; DESSEMONTET FRANÇOIS, Les principes de l'*American Law Institute*, p. 293 ; METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 253.

¹⁶⁸⁹ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 129, n° 13, p. 548 ; METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 253 s.

administration des preuves et, selon les circonstances, garantit une exécution forcée de la décision dans l'État du for sans que le demandeur doive recourir à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État¹⁶⁹⁰.

- 1088 Le for au lieu du fait dommageable s'entend traditionnellement comme désignant deux fors distincts. Le premier au lieu de l'évènement causal, à l'origine du dommage, et le deuxième au lieu où le résultat dommageable s'est produit¹⁶⁹¹.

b) Principe d'ubiquité

- 1089 Après avoir étudié les différents systèmes juridiques, le principe de l'ubiquité nous semble devoir être maintenu. En effet, le for de l'acte dommageable est un for connu des droits américain, européen et suisse. Nous pensons en outre que la dualité de fors en matière délictuelle doit être conservée, en tenant compte de la séparation traditionnelle du lieu d'origine et du lieu de destination.

- 1090 Dans cette optique, nous pensons en termes de délits complexes et non en termes de parcelles de délits. Les délits sont ainsi transfrontaliers en ce sens que l'acte générateur et le résultat dommageable ont lieu dans des États différents mais constituent un seul et même délit. L'idée d'un délit morcelé en plusieurs délits distincts ne sera en conséquence pas retenue dans la présente étude. L'approche dite du délit complexe est plus représentative des délits commis par le biais d'Internet. En effet, un acte commis sur la toile peut, eu égard à la nature d'Internet, entraîner potentiellement des dommages en tous lieux. Les atteintes sont ainsi non seulement transfrontalières mais également plurilocalisées.

- 1091 Notre approche relative à l'interprétation des critères de rattachement du lieu de l'évènement causal et du lieu du résultat dommageable suivra ainsi ces principes.

c) Importance pratique du for

- 1092 Notre étude a permis d'identifier que les litiges relatifs aux contrefaçons en ligne sont protéiformes. Ils présentent une grande diversité tant par les droits de propriété intellectuelle qu'ils concernent que par les éléments d'extranéité qui les composent. En vue de proposer des critères de rattachement idoines, il est important de déterminer les caractéristiques des litiges en la matière afin de concentrer les efforts sur les points essentiels d'un point de vue pratique.

¹⁶⁹⁰ NUYTS ARNAUD, Place of Infringement, p. 105.

¹⁶⁹¹ Voir notamment à ce sujet, GINSBURG JANE C., Réseaux numériques, p. 10.

- 1093 Dans l'étude de CHRISTIE de l'Université de Melbourne, il a été relevé que 49 des 56 cas présentaient, au titre d'élément d'extranéité, un acte dommageable situé en dehors de l'État du for¹⁶⁹². Juste après se situe le domicile des parties ; dans 48 des 56 cas identifiés, une des parties était domiciliée à l'étranger¹⁶⁹³. L'examen, dans le cadre du présent travail, des différents jugements rendus en matière d'atteintes à des droits de propriété intellectuelle en ligne confirme cet état de fait. La grande majorité des litiges sont portés devant les tribunaux locaux pour mettre fin à une atteinte subie dans l'État du for, mais dont la cause est située à l'étranger¹⁶⁹⁴. Ce for est celui communément appelé le for du lieu du résultat dommageable.
- 1094 Le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle est encore particulièrement ancré malgré une tendance universaliste grandissante. La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon est encore peu admise ou peu utilisée. Rares sont les litiges portés devant les tribunaux des États autres que celui de protection, à savoir devant les tribunaux du lieu de l'événement dommageable qui eux ont une compétence extraterritoriale. Cette situation peut s'expliquer également par la potentielle identité entre le lieu de l'événement causal et le domicile du défendeur. En principe, le contrefacteur met en ligne les différents contenus à son domicile, de sorte que le demandeur se voit contraint d'ouvrir action au domicile du défendeur à l'étranger. Le demandeur sera ainsi plus enclin à ouvrir action devant les tribunaux des États dans lesquels il est actif, soit en principe dans les États dans lesquels il a déposé ou enregistré son droit de propriété intellectuelle.
- 1095 En définitive, le cas classique d'un litige relatif à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle en ligne concerne un demandeur agissant devant les tribunaux locaux afin de faire cesser ou de demander réparation du préjudice subi dans l'État du for contre un défendeur étranger ayant agi à l'étranger¹⁶⁹⁵.
- 1096 Ce constat confirme la tendance observée dans les chapitres précédents. Ce constat en appelle deux suivants. Premièrement, il nous renseigne sur l'importance pratique du for au lieu où le fait dommageable s'est produit dans les litiges en contrefaçon sur Internet. Deuxièmement il nous enseigne que les demandeurs sont plus enclins à ouvrir action devant les tribunaux locaux pour un dommage subi localement. Ceci nous conduit ainsi à traiter de manière prioritaire du for au lieu où le fait dommageable s'est produit.

¹⁶⁹² CHRISTIE ANDREW, Cross-border Online IP Infringement Disputes, slide 6.

¹⁶⁹³ *Ibidem*.

¹⁶⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁹⁵ CHRISTIE ANDREW, Cross-border Online IP Infringement Disputes, slide 8.

IV. For au lieu du résultat dommageable

A. Cadre général

1. Grandes tendances

1097 L'analyse de l'interprétation donnée par les tribunaux américains, européens et suisses permet de dégager deux tendances principales lorsqu'il s'agit de localiser le lieu du résultat dommageable.

1098 La première tendance peut être aisément libellée dans la mesure où les instances qui s'y sont référées l'ont toutes nommée de la même manière : l'accessibilité.

1099 La deuxième tendance est présentée par opposition au principe de l'accessibilité. Elle est polymorphe. Si elle prend plusieurs formes, l'objectif principal de cette tendance – peu importe la dénomination utilisée – est néanmoins uniforme. Elle exige de rattacher la cause au for par l'existence de liens particuliers.

a) Principe de l'accessibilité

1100 Le principe de l'accessibilité a souvent été initialement avancé par les différents tribunaux en vue de fonder leur compétence.

1101 Aux États-Unis, la nature ubiquitaire d'Internet a été à l'origine des premières décisions admettant la compétence internationale des tribunaux saisis en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle¹⁶⁹⁶. En Europe également, les tribunaux des États membres ont initialement fondé leur compétence sur la simple accessibilité du site Internet vecteur de l'atteinte¹⁶⁹⁷. Leur position a finalement été confirmée, très récemment, par la Cour de justice européenne qui a définitivement conclu que le principe de l'accessibilité s'appliquait en vue de déterminer le for de l'action délictuelle lorsque l'atteinte s'était produite sur Internet¹⁶⁹⁸. En Suisse, la question n'a pas reçu de réponse claire dans la mesure où les différentes décisions concernaient toutes une situation où le public suisse était de toute manière visé¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁶ Voir par ex., Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 165 ; Arrêt *Maritz c. Cybergold*, p. 1333.

¹⁶⁹⁷ Voir notamment, en France : arrêt *Cristal*, C. cass., p. 195 ; en Allemagne : arrêt du *Landgericht Frankfurt*, in : *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, p. 2081 ; arrêt l'*Oberlandesgericht Karlsruhe*, in : *Multimedia und Recht* 2001, p. 815.

¹⁶⁹⁸ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 27 ; arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 44 ; arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 34.

¹⁶⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007, cons. 4.2. ; arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015, cons. 1.2. Cet arrêt laisse

- 1102 Les critiques ont néanmoins été vives et les tribunaux se sont tournés vers une approche différente basée sur une analyse plus spécifique des caractéristiques du vecteur de l'atteinte. Seule la Cour de justice européenne a conservé l'approche initialement retenue sur la scène internationale.
- 1103 La notion d'« accessibilité » a souvent été utilisée en corrélation avec la notion de « diffusion » *urbi et orbi* résultant de l'utilisation d'Internet. Le terme « diffusion » a toutefois été emprunté aux litiges commis par les médias traditionnels tels que dans l'arrêt *Shevill*. Pourtant la diffusion de la presse traditionnelle implique un comportement actif d'une personne alors que la diffusion sur Internet se fait de manière automatique, sans autre manipulation. « En d'autres termes, il faut un comportement passif pour diffuser la presse à l'étranger alors qu'il faut un comportement actif pour restreindre l'accès à certaines pages d'un site Internet dans des États étrangers bien identifiés »¹⁷⁰⁰. Cette distinction justifie ainsi de vérifier au cas par cas si la simple accessibilité dans un État peut être assimilée à une diffusion dans ce même État. Le fait que les internautes d'un État aient eu potentiellement la possibilité d'accéder au site Internet n'implique de surcroît pas qu'ils se soient réellement connectés. Il convient ainsi de déterminer si et dans quelle mesure les internautes connaissaient l'adresse du site Internet litigieux et y avaient accès¹⁷⁰¹. Ces considérations montrent les failles du principe de l'accessibilité et sont à l'origine d'une règle de compétence qui pourrait être qualifiée d'« exorbitante »¹⁷⁰².
- 1104 Un des arguments élevés à l'encontre du critère de l'accessibilité est le risque de *forum shopping* que celui-ci engendre. Une certaine doctrine remet toutefois en cause la nocivité de cette pratique. En 1990, Kramer avait déjà relevé que « *the*

néanmoins, en théorie à tout le moins, la porte ouverte à l'application du critère de l'accessibilité. Voir à ce sujet *supra* Chapitre troisième, III, C, c), ii.

¹⁷⁰⁰ CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt *Cristal*, p. 638.

¹⁷⁰¹ *Idem*, p. 638 s.

¹⁷⁰² ANCEL MARIE-ELODIE, Juge de la contrefaçon, p. 171. L'auteur explique la résistance de certains tribunaux français à l'égard du principe de l'accessibilité par la crainte d'une compétence française exorbitante.

evils of forum shopping are exaggerated »¹⁷⁰³. Selon BERMAN, la question mériterait une étude fouillée sur le sujet¹⁷⁰⁴.

b) *Principe des liens plus étroits que l'accessibilité*

1105 Exception faite de la Cour de justice européenne¹⁷⁰⁵, tant les États-Unis que les États membres de l'Union européenne ont adopté, de manière générale, une approche tendant à se distancer du principe de l'accessibilité. En droit suisse, les tribunaux n'ont pas adopté de critères précis. Ils ont à tout le moins fondé la compétence des tribunaux lorsque le site Internet était non seulement accessible mais ciblait au surplus le for. Les arrêts rendus en langue allemande se sont référés à la condition de la « *bestimmungsgemäss Abrufbarkeit* », soit à la notion de l'accessibilité conformément à la finalité du site Internet. Ce terme a été expressément emprunté au droit allemand et est également sujet à interprétation. Il a ainsi été utilisé dans l'arrêt *Hotel Maritime*, dans lequel il est fait mention que le site Internet cible le for (« *bestimmungsgemäss auch auf das Inland richtet* »)¹⁷⁰⁶. Dans l'affaire *Arzneimittelwerbung im Internet*, l'accent a ainsi été mis sur l'activité et les effets du site Internet dans l'État du for (« *wenn sich der Internet-Auftritt bestimmungsgemäss dort auswirken soll* »)¹⁷⁰⁷. Ces notions ont ainsi toutes en commun une volonté de rattacher les activités sur Internet avec le for, soit d'exiger quelque chose de plus (« *bestimmungsgemäss* ») que l'accessibilité (« *Abrufbarkeit* »).

1106 Les arrêts rendus par les tribunaux de ces États mettent en exergue une volonté commune de lier la cause avec le for, soit de créer des *minimum contacts*, peu importe leur nature.

¹⁷⁰³ KRAMER LARRY, *Rethinking Choice of Law*, p. 313. Selon cet auteur, « [t]he assumption that it is unfair to allow plaintiffs to choose among these laws presupposes a 'correct' or 'fair' baseline defining how often the plaintiff's choice ought to prevail. It is only by reference to some such baseline that one can argue that a system is unfair to defendants (in that it deviates from this baseline in favor of plaintiffs). The argument that allowing plaintiffs to pick is unfair apparently assumes that the 'correct' baseline is a random distribution. But why is randomness the proper baseline ? This is not the baseline used for choice of forum, which is left entirely to plaintiffs (even though this too may be disproportionately inconvenient to defendants). Why is choice of law different ? ».

¹⁷⁰⁴ BERMAN PAUL SCHIFF, *Jurisdiction*, p. 525.

¹⁷⁰⁵ La Cour de justice européenne n'a pas appliqué ce critère en lien avec l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles et ses versions ultérieures. Elle l'a toutefois appliqué dans des contextes différents, dans ses arrêts *L'Oréal SA. et Football Dataco*.

¹⁷⁰⁶ Arrêt *Hotel Maritime*, BGH, cons. II, 1).

¹⁷⁰⁷ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH, cons. 21.

2. Pesée des intérêts

- 1107 Les avantages de chacune de ces deux tendances générales sont indéniables. Nonobstant leurs qualités respectives, aucune d'elles n'apporte une réponse parfaitement adaptée à la détermination du juge compétent comme le montre la jurisprudence internationale qui est de caractère protéiforme.
- 1108 Dans un objectif supérieur de protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet, il est néanmoins indispensable de déterminer le critère de rattachement qui aura vocation à fonder la compétence internationale du juge de la contrefaçon.
- 1109 Le choix des critères de rattachement comporte inévitablement une pesée des intérêts en jeu. Cette pesée des intérêts est tripartite : elle doit s'effectuer du point de vue des parties au litige¹⁷⁰⁸, mais également au niveau de la règle de droit et finalement au niveau du tribunal amené à statuer sur sa compétence.

a) Demandeur vs défendeur

- 1110 Du point de vue des parties au litige, l'application du principe de l'accessibilité ou celui des liens étroits fait pencher la balance en faveur de l'une ou de l'autre des parties¹⁷⁰⁹.
- 1111 Le critère de l'accessibilité est plus favorable au demandeur, à savoir en principe au titulaire du droit de propriété intellectuelle¹⁷¹⁰. En effet, la compétence universelle engendrée par l'application de ce principe implique que la personne qui s'estime lésée dans ses droits peut ouvrir action devant n'importe quel tribunal sur le territoire duquel le site Internet, vecteur de l'atteinte, est accessible et sur le territoire duquel le droit de propriété intellectuelle est protégé. Il lui sera ainsi loisible de saisir les tribunaux en fonction de ses intérêts. En ce sens, le critère de l'accessibilité entraîne un risque de *forum shopping*, pratique favorable au demandeur qui est pour le moins controversée en droit international privé.
- 1112 Au demeurant, le critère de l'accessibilité a l'avantage pour le demandeur de pouvoir concentrer le contentieux devant les tribunaux de son domicile. Le *forum actoris*, soit le for au domicile du demandeur est également un for décrié par une partie de la doctrine¹⁷¹¹. Le défendeur se verra ainsi contraint de plaider devant les tribunaux d'États qui lui sont étrangers et dont le droit lui est potentiellement

¹⁷⁰⁸ Dans ce sens également, KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 203, p. 87 ss.

¹⁷⁰⁹ Voir dans ce sens KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé, n° 546d, p. 298.

¹⁷¹⁰ ANCEL MARIE-ÉLODIE, France, p. 543.

¹⁷¹¹ Voir *supra* Chapitre troisième, C, II, 2, c), i, (b), (1).

défavorable (dans la mesure où le demandeur l'a choisi). Il devra en outre faire face à un tribunal dont les juges ont, même implicitement, accepté l'idée qu'une atteinte a eu lieu sur le territoire du for¹⁷¹².

1113 A l'inverse, le principe des *minimum contacts* ou des liens étroits restreint les choix du demandeur. Il est ainsi plus favorable au défendeur qui sera plus à même de prévoir où il peut être attiré. Le défendeur est ainsi moins sujet au harcèlement procédural¹⁷¹³. Sur la scène internationale, c'est la position du défendeur qui a eu les faveurs du législateur jusqu'à présent. Les principaux instruments internationaux relatifs à la compétence internationale consacrent tous le domicile du défendeur.

1114 En matière de litiges relatifs à la violation de droits de propriété intellectuelle, si le défendeur est en principe le contrefacteur, certaines actions sont intentées à l'encontre d'intermédiaires. Leur position est également à prendre en compte dans la pesée des intérêts. Les intermédiaires sont de manière générale des sociétés importantes, telles que Google ou Yahoo !. Si ces sociétés ont les moyens d'assurer leur défense, elles jouent un rôle important sur Internet. En tant qu'acteurs d'Internet, il convient également de tenir compte de leurs intérêts ainsi que de l'intérêt général au développement d'Internet.

b) Compétence universelle et flexibilité vs sécurité et prévisibilité

1115 Au niveau de la règle de droit également, une balance des intérêts doit avoir lieu.

1116 De par sa nature, la compétence universelle ouverte par le principe de l'accessibilité entre en conflit avec les conditions de prévisibilité et de sécurité du droit prévues dans les instruments européens et suisses. En effet, dans la mesure où le principe de l'accessibilité fonde la compétence de tous les tribunaux à partir desquels le site Internet est accessible, soit en tous lieux, la prévisibilité des critères de rattachement est mise en péril et par là même la sécurité du droit. Le défendeur ne pourra en effet pas prévoir où il sera attiré en justice.

1117 Ainsi, si l'on retient le critère de l'accessibilité, on admet une compétence universelle au détriment de la sécurité et de la prévisibilité des règles de droit. *A contrario*, le critère du ciblage restreint les fors à disposition du demandeur, mais permet une meilleure prévisibilité et ainsi une meilleure sécurité du droit.

¹⁷¹² Cour de cassation, Rapport annuel 2005, p. 64.

¹⁷¹³ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 171.

c) *Économie de procédure vs examen substantiel*

- 1118 Au stade de la détermination de la compétence, le juge doit se baser sur la simple vraisemblance des allégations qui lui sont rapportées¹⁷¹⁴. Le juge doit ainsi procéder à une étude sommaire des faits lui permettant de fonder sa compétence. L'examen de la compétence est de la sorte différent de celui auquel le juge procède lorsqu'il considère le fond du litige.
- 1119 Le principe de l'accessibilité a l'avantage de limiter l'examen de la compétence aux faits essentiels, à savoir la protection du droit de propriété intellectuelle au niveau national et l'accessibilité du site Internet. Ce deuxième élément étant en général donné, la détermination de la compétence est particulièrement aisée. En ceci, il garantit une économie de procédure. Ce sont ainsi des motifs pragmatiques, qui permettent une détermination rapide et efficace de la compétence, qui représentent les principaux avantages de ce principe.
- 1120 A l'inverse, l'examen des liens qu'entretient la cause, en l'occurrence le site Internet avec le for, implique que le juge saisi d'un déclinatoire examine de manière plus détaillée sa compétence. L'examen des caractéristiques du site Internet implique des notions techniques et rapproche ainsi l'examen de la compétence de l'examen du fond du litige. Par contre, l'action aura plus de chance d'aboutir, au fond, dans la mesure où il existe déjà un lien avec le for.

d) *Conclusion*

- 1121 Lorsqu'il s'agit des parties au litige, la balance des intérêts en cause est délicate. Si le défendeur mérite une protection de façon générale, dans les litiges en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les titulaires de droits de propriété intellectuelle méritent également une protection équivalente, tant ils sont démunis face à la cybercontrefaçon qui représente, on le rappelle, une forme de criminalité à l'échelle globale dont les acteurs se murent derrière l'anonymat que procure Internet.
- 1122 Dans la mesure où, dans les cas classiques, le demandeur à l'action est le titulaire du droit de propriété intellectuelle, la balance devrait pencher en sa direction. Dans ce sens, le critère de l'accessibilité serait *prima facie* plus enclin à protéger le demandeur. La situation en pratique est quelque peu différente.
- 1123 Certes, le critère de l'accessibilité favorise le *forum shopping*. Certes, l'accessibilité permet au demandeur de choisir parmi les fors qui sont à sa

¹⁷¹⁴ Voir *infra* Chapitre quatrième, IV, B, 3, b), ii, (a).

disposition celui qui servira ses intérêts. Certes, il pourra vraisemblablement ouvrir action devant les tribunaux de son domicile ou de son siège, for qui n'avait pas emporté, lors des travaux préparatoires de la Convention de Bruxelles et de Lugano, l'assentiment des législateurs européen et suisse. Certes, le défendeur se verrait contraint de plaider devant des tribunaux dont l'ordre juridique lui serait défavorable ou à tout le moins potentiellement éloigné. Ce ne sont toutefois pas, ou pas totalement, ces considérations qui nous amènent à remettre en cause la prépondérance de ce critère.

- 1124 Il est en effet important de relever que, dans les litiges en matière de propriété intellectuelle, les forces des parties en cause sont sur un pied d'égalité ou même parfois inversées. Le défendeur n'est pas forcément la partie « faible », méritant une protection particulière tel que c'est le cas en matière de contrat de consommation ou en matière d'atteinte à la personnalité¹⁷¹⁵. Nombreuses sont les personnes – physiques ou morales – qui se trouvent dans une situation délicate lorsqu'il s'agit de faire respecter leurs droits. A l'image des *patent trolls*, certaines sociétés ont fait de l'acquisition et du commerce de droits de propriété intellectuelle leur *core business*. Leur principal objectif consiste à ouvrir action en contrefaçon contre d'autres sociétés (parfois même sans indice d'utilisation du brevet) afin d'obtenir des dédommagements importants. Ces acteurs sont à prendre au sérieux comme le démontre le rapport annexé à un Communiqué de presse de la Maison Blanche aux États-Unis¹⁷¹⁶. Selon ce rapport alarmant, plus de 60% de l'ensemble des actions en contrefaçon de brevets sur sol américain seraient menées par ce type de sociétés¹⁷¹⁷. Dans ce type de litige, la partie qui mérite une protection particulière est plutôt la société attaquée.
- 1125 Pour les raisons qui précèdent, la balance des intérêts des parties nous semble devoir rester à l'équilibre. Il n'est pas possible de considérer, de manière générale, qu'une partie est plus faible que l'autre dans les litiges en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.
- 1126 Les éléments faisant pencher la balance nous semblent relever plus de la règle de conflit ainsi que de son application par les tribunaux. Nous pensons en effet que la règle de droit doit pouvoir assurer une certaine prévisibilité. Une compétence

¹⁷¹⁵ Au sujet de la balance des intérêts en matière d'atteinte à la personnalité, voir not. HESS BURKHARD, *The Brussels I Regulation*, p. 1089 s. ; UBERTAZZI BENEDETTA, *Infringement*, p. 232.

¹⁷¹⁶ Fact sheet : White House Task Force on High-Tech Patent Issues, du 4 juin 2013, accessible sur : <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/06/04/fact-sheet-white-house-task-force-high-tech-patent-issues>.

¹⁷¹⁷ Rapport accessible sur https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/patent_report.pdf.

universelle ne répondant par définition pas à cet impératif, nous pensons que le critère des liens étroits doit être retenu. Un critère basé sur la proximité de la cause avec le for peut être raisonnablement anticipé et permet ainsi d'éviter une compétence fortuite et aléatoire. Le contrefacteur peut ainsi anticiper la localisation d'une éventuelle action contre lui lorsque le site Internet qu'il administre entretient un lien avec un territoire en particulier¹⁷¹⁸.

1127 Du point de vue procédural, le juge saisi sera plus enclin à se déclarer compétent dans la mesure où l'affaire entretient un lien avec le for. Le lien étroit avec le for présente également un avantage indéniable en termes d'administration de la preuve. Celle-ci sera en effet facilitée par la proximité avec le for.

1128 En conclusion, notre appréciation des intérêts en jeu nous fait pencher du côté des critères exigeant des liens étroits entre la cause et le for.

3. Critère retenu

1129 Ainsi que nous venons de le déterminer, nous pensons que le critère qui prône des liens particuliers avec le for est plus adéquat que celui de l'accessibilité.

a) Liens étroits

1130 Le critère de rattachement exigeant des liens plus étroits que l'accessibilité du site litigieux est apparu sous de multiples dénominations : « liens suffisants », « lien substantiels ou significatifs », « ciblage », « focalisation », « lien de causalité », « effets ». Tous ces critères ont en commun qu'ils désignent un État en particulier parmi tous les États sur les territoires desquels le site Internet litigieux est accessible. Ils restreignent en effet le spectre des tribunaux potentiellement compétents. Ils permettent de rattacher un acte plurilocalisé à un endroit spécifique en évitant ainsi une compétence universelle¹⁷¹⁹. En ceci, ils permettent de conjuguer l'aspect virtuel du litige avec le monde de *brick and mortar*.

1131 C'est également l'approche favorisée par une grande partie de la doctrine internationale¹⁷²⁰. Exception faite de la jurisprudence de la Cour de justice

¹⁷¹⁸ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 50 ; TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 89.

¹⁷¹⁹ HEINZE CHRISTIAN, International Enforcement, p. 63 s.

¹⁷²⁰ Voir notamment, ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 171 ; ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet, p. 295 ; BÄNHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 61 ss ; BETTINGER T./THUM D., Global Village, p. 662 ss ; CACHARD OLIVIER, Note sur l'arrêt *Cristal*, p. 636 ss ; Conclusions de l'avocat général NIIL JÄÄSKINEN, présentées le

européenne, la tendance jurisprudentielle observée sur la scène internationale tend en effet à s'écarter du principe de l'accessibilité au profit de critères exprimant une proximité avec le for¹⁷²¹.

- 1132 Il convient dès lors d'examiner quel critère retenir parmi ceux qui impliquent « *something more* », soit une proximité avec le for. Nous écarterons ainsi successivement les différentes éventualités en vue de mettre en exergue le critère qui, selon nous, permet d'exprimer ces liens étroits de manière idoine.

b) Critères écartés

i. Critère de l'effet

- 1133 Le critère de l'effet provoqué par le site Internet dans un État en particulier a été appliqué tant aux États-Unis qu'en Europe.

- 1134 Originellement, le critère basé sur les effets a été appliqué en matière d'atteinte à la personnalité. Aux États-Unis, il est connu sous les termes d'« *effect test* » au sens de l'arrêt *Calder*¹⁷²². En Europe, on retrouve cette notion d'« *impact* » sur les droits de la personnalité dans l'arrêt de la Cour de justice européenne *eDate*¹⁷²³. Il est également utilisé en droit de la concurrence pour désigner les marchés affectés¹⁷²⁴. Le critère de l'impact économique, critère axé sur les effets

13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 59 ; DINWOODIE GRAEME B., *Demise of Territoriality*, p. 774 ss ; DUCOR PHILIPPE, *Commentaire romand*, ad art. 5 CL, n° 154, p. 1850 ; DUTOIT BERNARD, *Commentaire LDIP*, ad art. 110 LDIP, n° 6, p. 465 s. ; GRÜNBERGER MICHAEL, *Anmerkung zu EuGH Pinckney*, p. 62 ; FAWCETT JAMES J./TORREMANNS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 11.159, p. 648 s. ; HEINZE CHRISTIAN, *International Enforcement*, p. 63 s. ; HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 140 s. ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, *Kommentar EuGVO*, ad art. 5 EuGVO, n° 86, p. 225 ss ; MANKOWSKI PETER, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, p. 269 ss ; MOURA VICENTE DARIO, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, p. 400 ; ROSENTHAL DAVID, *Unerlaubten Handlungen im Internet*, p. 1345 ss ; ZEKOLL JOACHIM, *Jurisdiction in Cyberspace*, p. 345 ss.

¹⁷²¹ Voir à ce sujet les développements jurisprudentiels aux États-Unis, dans les États membres de l'Union européenne ainsi qu'en Suisse – *supra* Chapitre troisième.

¹⁷²² L'*effect test* de l'arrêt *Calder* a été appliqué aux États-Unis dans de nombreux arrêts, voir notamment les arrêts : *Euromarket*, F. Supp. 2d ; *Carefirst of Maryland* ; *Richter c. Instar* ; *Panavision Int'l c. Toeppen* ; *Ziegler c. Indian River County* ; *Emissive Energy c. Spa-Simrad* ; *Novelty c. RCB Distrib* ; *Bancroft & Masters c. Augusta Nat'L*. ; *IMO Indus. c. Kiekert*.

¹⁷²³ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 48.

¹⁷²⁴ BONOMI ANDREA, *Commentaire romand*, ad art. 5 CL, n° 134, p. 1844, au sujet de la détermination du droit applicable.

ou les répercussions que peuvent provoquer les sites Internet sur un territoire, a également été utilisé¹⁷²⁵.

- 1135 Si l'effort de créer un lien avec le for peut être salué, nous pensons toutefois qu'au stade de l'examen de la compétence, le critère de l'effet (ou « *impact* ») engendré sur le territoire du for présenterait des difficultés d'adaptation aux droits de propriété intellectuelle, pour plusieurs raisons.
- 1136 Premièrement, le dommage initial, soit par hypothèse, la publication en ligne de contenu protégé – sans tenir compte des autres répercussions, notamment financières – peut potentiellement entraîner un effet dans tous les pays eu égard à la nature universelle d'Internet. De plus, l'impact économique lié à un dommage initial ne peut être que difficilement circonscrit à un État, à un périmètre particulier¹⁷²⁶.
- 1137 Il a également été avancé à l'encontre de ce critère qu'une personne physique ne subissait pas l'atteinte à un endroit particulier de la même manière qu'une société le subirait¹⁷²⁷.
- 1138 Aux États-Unis, les tribunaux ont en principe appliqué l'*effect test* en matière de délits intentionnels¹⁷²⁸. Le test prévoyait en substance que l'État du for devait être le point focal (« *expressly aimed* ») du site Internet et que l'opérateur devait savoir que ses actes allaient entraîner un dommage dans cet État¹⁷²⁹. Pour des raisons qui seront expliquées par la suite, nous pensons que la condition de l'intentionnalité va trop loin et ne devrait pas être exigée au stade de la détermination de la compétence. Nonobstant cet élément, l'*effect test* propose de soumettre la compétence internationale à la condition que le site Internet litigieux vise expressément un territoire, condition qui introduit ainsi une notion de ciblage. Cet élément est propre à créer les *minimum contacts* nécessaires en vue de fonder la compétence internationale du juge saisi. Les tribunaux qui ont appliqué l'*effect test* ont examiné les liens des sites Internet, hors ligne et en ligne, existant avec le territoire en question. Bien que l'*effect test*, tel que dégagé de l'affaire *Calder*, ne soit pas retenu pour les raisons qui précèdent, les caractéristiques des sites Internet

¹⁷²⁵ Recommandation commune OMPI. Voir également les arrêts *L'Oréal c. eBay* et *Rue du Commerce c. Carrefour* du Tribunal de grande instance de Paris.

¹⁷²⁶ Ce cas a été examiné dans le cadre de l'affaire *Penguin Group (USA) Inc. c. Am. Buddha*, 16 N.Y.3d 295, p. 304 s. Le tribunal avait finalement conclu, pour cette raison, que le dommage ne pouvait pas être localisé à l'endroit où le demandeur a subi une perte économique.

¹⁷²⁷ Arrêt *Cybersell*, p. 421.

¹⁷²⁸ Voir par ex. les arrêts *Richter c. Instar*, p. 1010 ; *Clemens c. McNamee*, p. 376-380 et *Novelty c. RCB Distrib.*, p. 12.

¹⁷²⁹ Voir arrêt *IMO Indus. c. Kiekert*, p. 265, résumant la position des différents *Circuits*.

retenues pas les tribunaux américains en vue d'examiner la volonté de ciblage des opérateurs nous seront toutefois utiles dans le présent chapitre.

ii. *Zippo test*

- 1139 Un examen basé sur le caractère actif ou passif du site Internet, au sens de l'arrêt *Zippo*, nous paraît également devoir être écarté, à tout le moins en ce qui concerne les « extrémités » de l'échelle *Zippo*. Considérer qu'un site dit « passif » ne présente pas une base suffisante pour exercer une compétence juridictionnelle à l'égard de son opérateur aurait des effets néfastes pour le commerce électronique. En effet, ce sauf-conduit encouragerait les opérateurs à exploiter des sites passifs, ce qui nuirait ainsi au commerce électronique de manière générale¹⁷³⁰. Quant à la catégorie des sites actifs, créant une compétence personnelle, elle ne présente guère plus d'intérêt, dans la mesure où le fait de proposer à la vente des produits ne signifie pas encore qu'un lien avec le for se soit nécessairement créé. Admettre l'inverse aboutirait à des décisions absurdes à l'image de l'arrêt *ESAB Group c. Centricut*¹⁷³¹. Dans l'affaire française *Cristal*, la Cour de cassation avait de plus considéré que cette distinction relève de l'examen du fond du litige¹⁷³².
- 1140 Le milieu du spectre *Zippo* occupé par les sites interactifs, pour lesquels il convient de déterminer, au cas par cas, si la compétence des juridictions saisies est fondée, est intéressant à certains égards. S'il n'offre pas de réponse claire, il a néanmoins l'avantage de pousser à l'examen du site Internet et de sa « relation » avec le for. Les critères examinés par les différents tribunaux reflètent un souci de décortiquer et d'analyser la réelle nature du site Internet. Nous pensons ainsi que le *Zippo test*, dans sa version originelle, n'est pas adapté aux besoins de détermination de la compétence internationale¹⁷³³. Nous pensons néanmoins que les critères utilisés pour déterminer l'interactivité du site Internet sont pertinents pour la présente étude, raison pour laquelle ils seront examinés dans la suite du présent chapitre.

¹⁷³⁰ Voir dans ce sens, GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 38 ; STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 431.

¹⁷³¹ Voir *supra* Chapitre troisième, I, D, 1, j).

¹⁷³² Arrêt *Cristal*, C. cass., p. 195, dans lequel la Cour de cassation avait retenu le critère de l'accessibilité.

¹⁷³³ BOONE BRIAN D., *Personal Jurisdiction*, p. 259 ; GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 39 ; STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 431.

iii. Domicile du lésé

1141 Le domicile du demandeur pourrait également constituer un critère de rattachement qui focaliserait le dommage en un endroit déterminé. La proximité avec le for est indéniable.

(a) Avantages

1142 Ce critère a été évoqué eu égard à sa proximité avec le for, dans la mesure où il peut représenter l'endroit où le dommage est éprouvé¹⁷³⁴.

1143 Le for au domicile du lésé permet une protection efficace des droits des victimes de contrefaçon¹⁷³⁵. Celui-ci avait en outre été prévu dans l'Avant-projet de convention internationale¹⁷³⁶, en vue d'assurer un « véritable accès à la justice »¹⁷³⁷ au demandeur dans les hypothèses où la localisation du défendeur était difficile ou alors située dans des paradis juridiques. Le fait d'exiger que le demandeur agisse dans chaque État où il a subi une atteinte pour le dommage y relatif avait été jugé contraire aux principes généraux d'accès à la justice. En vue de pallier cette situation, l'Avant-projet prévoyait ainsi que si une partie du dommage avait été subie dans l'État de résidence habituelle de la partie lésée, ce for était ouvert pour l'entier du dommage éprouvé¹⁷³⁸. Le for du domicile du demandeur permettrait ainsi de concentrer le contentieux en un lieu unique pour un dommage global et éviterait le morcellement des procédures relatives aux dommages nationaux¹⁷³⁹.

1144 Le domicile du lésé représente en outre l'avantage d'être extérieur au Web¹⁷⁴⁰. Il n'est ainsi pas tributaire des aléas du réseau numérique et des problèmes liés à la localisation des événements que le réseau engendre. D'aucuns ne pourraient contester que derrière les échanges dématérialisés se trouvent des personnes ou

¹⁷³⁴ DUTOIT BERNARD, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, p. 181 ; GILLIÉRON PHILIPPE, *Propos attentatoires à l'honneur sur Internet*, p. 191.

¹⁷³⁵ LUCAS ANDRÉ, *Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques*, p. 23.

¹⁷³⁶ Avant-projet de la Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale de la Conférence de La Haye.

¹⁷³⁷ OMPI, *Informations relatives à l'Avant-projet*, p. 11.

¹⁷³⁸ Voir à ce sujet OMPI, *Informations relatives à l'Avant-projet*, p. 10 s. Les informations contenues dans ce document concernent les travaux de la Conférence de La Haye en vue de l'élaboration d'une convention internationale et sont issues du Bureau international de l'OMPI à l'attention du Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques.

¹⁷³⁹ TREPPOZ EDOUARD, *Les litiges internationaux*, p. 88, et les références citées.

¹⁷⁴⁰ *Ibidem*.

des événements tangibles. Il n'est ainsi pas déraisonnable de fonder la compétence juridictionnelle sur ces éléments concrets.

1145 La localisation au for du domicile de la personne lésée a ainsi emporté l'assentiment de grands noms en la matière¹⁷⁴¹.

(b) *Inconvénients*

1146 Historiquement, le *forum actoris* n'emporte pas l'assentiment doctrinal général¹⁷⁴². Ce lourd passif est également accompagné de critiques relatives à l'application analogique des règles relatives à la personnalité.

1147 Originellement, le *forum actoris* est un critère de rattachement très controversé sur la scène internationale. Malgré quelques signaux en faveur d'une revalorisation ou d'une réhabilitation¹⁷⁴³ de ce for¹⁷⁴⁴, il est reproché à ce critère de rattachement de ne pas être le plus à même de représenter la proximité avec le for en matière de propriété intellectuelle.

1148 Ce critère est en effet particulièrement pertinent en matière d'atteinte à la personnalité. Dans ce type d'atteinte, la victime subit l'atteinte en premier lieu à son domicile ou à sa résidence habituelle. Ce for a d'ailleurs été consacré, dans une mesure similaire, par la Cour de justice européenne. Dans son célèbre arrêt *eDate* qui concernait l'interprétation du lieu du résultat dommageable lors d'une atteinte à un droit de la personnalité sur Internet, la Cour de justice a de la sorte retenu le critère du centre des intérêts de la victime¹⁷⁴⁵. Cette interprétation a été motivée par un souci de protection de la victime d'une atteinte à la personnalité eu égard à la gravité de ce type d'atteintes¹⁷⁴⁶.

1149 L'analogie entre ce type d'atteinte et les atteintes à la propriété intellectuelle est toutefois délicate¹⁷⁴⁷. La Cour de justice européenne l'a d'ailleurs rejetée dans la mesure où les victimes de contrefaçon ne sont pas touchées de la même manière

¹⁷⁴¹ GINSBURG JANE C., Copyright in an era of technological change, p.311 ; KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, Ubiquitous copyright infringements, p. 14 ; TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 88.

¹⁷⁴² HEINZE CHRISTIAN, International Enforcement, p. 64.

¹⁷⁴³ CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 389 s.

¹⁷⁴⁴ Voir *supra* Chapitre troisième, II, C, 2, c), i, (b), (1).

¹⁷⁴⁵ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 48.

¹⁷⁴⁶ *Idem*, cons. 43 ss.

¹⁷⁴⁷ KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 203 p. 89.

et avec la même intensité que les victimes d'atteintes à l'honneur par exemple¹⁷⁴⁸. A tout le moins, cette distinction est marquée en matière d'atteinte à la propriété industrielle. Elle est toutefois plus nuancée en matière de droits d'auteur en raison de la nature particulière de ces droits, raison pour laquelle le for au domicile de l'auteur a été évoqué en matière d'atteinte à un droit d'auteur¹⁷⁴⁹.

(c) *Un critère encore trop immature ?*

- 1150 Le for au domicile du lésé nous paraît être un for adéquat lorsque certaines circonstances sont réunies. Tel serait le cas lorsqu'il n'est pas possible d'agir ou qu'on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il ouvre action au domicile du défendeur, parce que ce lieu n'est pas connu ou parce qu'il se trouve dans un paradis numérique par exemple. En l'état actuel des règles de conflit de juridictions internationales, le demandeur se verrait ainsi contraint d'ouvrir action devant les juridictions de chaque État dans lequel il estime subir un dommage pour en obtenir la réparation. En sus des considérations relatives à l'absence de sécurité et de prévisibilité des règles de compétence, cette situation plaiderait en faveur d'une attribution de compétence aux tribunaux du domicile du demandeur. Ce for garantirait ainsi au demandeur une protection adéquate de ses droits.
- 1151 Nous pensons toutefois qu'une protection efficiente des droits de propriété intellectuelle peut également intervenir par d'autres biais que par l'ouverture d'un for au lieu du domicile du demandeur. Comme le montrent les arguments avancés en faveur de ce for, le fait d'ouvrir un for pour l'ensemble du préjudice éprouvé en un autre lieu que celui du domicile du défendeur présente l'avantage indéniable de concentrer le contentieux en un point focal et d'éviter un fractionnement des procédures. De surcroît, un critère de rattachement basé sur l'existence de liens étroits permet toujours, cas échéant, au demandeur d'ouvrir action devant les tribunaux de son domicile si ceux-ci présentent la proximité requise avec la cause.
- 1152 Ces dernières considérations nous amènent à donner la préférence à un critère qui est généralement admis, ou à tout le moins considéré sur la scène internationale.

¹⁷⁴⁸ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 25. KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 89, relève en outre que dans les litiges en contrefaçon, la victime est en général une société ou à tout le moins un acteur commercial.

¹⁷⁴⁹ GINSBURG JANE C., Copyright in an era of technological change, p. 311. Le droit d'auteur, et plus spécialement le droit moral qui en découle, présente en effet une composante personnelle. Dans ce sens également, KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 203, p. 89, qui rappelle toutefois que l'atteinte au droit moral d'un auteur se présente dans des cas extrêmement rares.

c) *Le ciblage*

- 1153 Parmi les critères exigeant un lien particulier avec le for, nous pensons que le critère du ciblage est celui qui est le plus apte à représenter la proximité requise avec le for. Le critère évoque la possibilité de nouer un lien « vertical » entre Internet et un territoire, tout en restant assez neutre pour s'adapter aux différentes formes d'atteintes à la propriété intellectuelle en ligne.

i. **Plus petit dénominateur commun**

- 1154 Le critère du ciblage pourrait être retenu dans les différents systèmes juridiques américain, européen et suisse dans la mesure où le for au lieu ciblé par le site Internet représente le plus petit dénominateur commun de ces systèmes juridiques. Il est ainsi, de fait, le critère qui est susceptible de trouver un consensus sur la scène internationale.
- 1155 Aux États-Unis, le principe du public cible a été appliqué par certaines cours. Les tribunaux ont examiné les caractéristiques du site Internet en vue de déterminer si l'interactivité dudit site fondait les *minimum contacts* requis avec le for. Les cours qui ont appliqué le *Zippo test* ont ainsi examiné si le site Internet avait un lien particulier avec le for en procédant à l'analyse du contenu du site. L'*effect test* de l'arrêt *Calder* comprend également une composante relative à la focalisation, qui tend à déterminer si le site Internet a visé « (*expressly*) aimed » l'État du for.
- 1156 En Europe, les tribunaux nationaux des États membres ont initialement fondé leur compétence sur la simple accessibilité du site Internet, avant d'opter pour un critère plus restrictif. Le critère du ciblage remplit la condition française du lien « suffisant, substantiel ou significatif »¹⁷⁵⁰, il exprime la notion de public visé souhaitée par les tribunaux allemands¹⁷⁵¹, reprend le ciblage requis en Ecosse¹⁷⁵² et est conforme à la condition que le marché autrichien soit visé¹⁷⁵³.
- 1157 En Suisse, les tribunaux sont restés prudents sur le fondement de leur compétence en cas de litiges en contrefaçon sur Internet. Ils ont à tout le moins admis leur compétence lorsque le site Internet était accessible conformément à sa finalité, soit lorsque le site Internet ciblait d'une manière ou d'une autre – par le nom de domaine ou par la langue – le territoire suisse.

¹⁷⁵⁰ Voir notamment arrêt *Google c. Axa*, CA Paris, in : JCP 2007 II n° 10151, p. 33.

¹⁷⁵¹ Arrêt *Hotel Maritime*, BGH ; arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH.

¹⁷⁵² Arrêt *Bonnier*, Court of Session of Scotland, in : ETMR 2002, p. 1053.

¹⁷⁵³ Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001, p. 849.

1158 Pour toutes ces raisons, le critère du ciblage paraît être le plus à même d'emporter un consensus au niveau international.

ii. Neutralité technologique

1159 Le critère du ciblage permet en outre de respecter l'exigence de neutralité technologique.

1160 Internet est en constante évolution. Les paradigmes qui prévalaient à l'origine de sa création sont déjà dépassés. Les principes soutenant la compétence internationale du juge de la contrefaçon doivent dès lors conserver leur pertinence au fil du temps et permettre au droit de suivre les avancées technologiques¹⁷⁵⁴. Une approche trop rigide annihilerait les efforts d'adaptation du droit international privé aux vecteurs numériques.

1161 Par ailleurs, en droit européen également toute approche supposant la modification de la doctrine *Shevill* doit nécessairement tenir compte d'un impératif de neutralité technologique. En d'autres termes, les réponses de la Cour de justice européenne aux problèmes d'interprétation causés par l'apparition d'Internet ne doivent pas non plus se focaliser à l'excès sur ce support. Il existe en effet un risque important que le critère choisi soit rapidement désuet au regard des avancées technologiques, ou conduise à des différences de traitement, et donc à un risque d'arbitraire, dans le cadre de l'utilisation d'une technologie précise¹⁷⁵⁵.

1162 Le critère du ciblage assure une neutralité technologique, lui permettant de perdurer et de faire face aux nouvelles technologies. Ce critère propose en effet de se concentrer sur la volonté de cibler un État en particulier de sorte que ce critère conservera sa pertinence quel que soit le support.

iii. Favorable au développement du commerce électronique

1163 Internet étant omniprésent et le commerce électronique étant en pleine expansion, il convient de donner une réponse de droit international privé qui ne musellerait pas ledit commerce. « De nombreux États, ayant reconnu l'énorme potentiel de ce nouveau médium, ont fait de l'encouragement au développement du commerce électronique une priorité. Internet peut contribuer à créer de nouveaux emplois, de nouvelles opportunités dans le secteur industriel et les services, promouvoir le

¹⁷⁵⁴ GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 42.

¹⁷⁵⁵ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 29 mars 2011 dans l'affaire *eDate*, CJUE, cons. 53.

commerce international, attirer les investissements étrangers et, généralement, contribuer à la création et au partage des connaissances. »¹⁷⁵⁶

- 1164 Le principe du ciblage permet ainsi de maintenir un équilibre entre la protection des droits de propriété intellectuelle et le développement du commerce électronique. Il est en adéquation avec les orientations stratégiques du commerce électronique dans la mesure où il ne nuit pas à l'échange intentionnel de biens et de services¹⁷⁵⁷. Les opérateurs n'ont ainsi pas à craindre d'être attirés devant les juridictions du monde entier par leur simple présence sur Internet.

B. Le ciblage

- 1165 Le critère du ciblage n'est pas une nouveauté.

- 1166 Parallèlement à son application jurisprudentielle¹⁷⁵⁸, ce critère a été plébiscité par une partie de la doctrine. Il a notamment été spécifiquement proposé – ou a tout simplement été évoqué¹⁷⁵⁹ – en matière de délits commis sur Internet¹⁷⁶⁰, en matière d'atteinte à la personnalité sur Internet¹⁷⁶¹, mais également en matière de commerce électronique de manière plus générale¹⁷⁶². Il est en outre apparu sous de nombreuses dénominations similaires, telle que la focalisation¹⁷⁶³ ou le *targeting*¹⁷⁶⁴.

- 1167 Il figure de surcroît parmi les critères retenus, dans une certaine mesure, dans les règles non contraignantes des groupes de travail internationaux, ayant abouti notamment aux Principes ALI et CLIP.

¹⁷⁵⁶ HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 5.

¹⁷⁵⁷ Voir à ce sujet, GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?, p. 38.

¹⁷⁵⁸ Voir *supra* Chapitre troisième.

¹⁷⁵⁹ Voir not. HESS BURKHARD/PFEIFFER THOMAS/SCHLOSSER PETER, Report Brussels I, n° 199, p. 57.

¹⁷⁶⁰ Voir not. Geist Michael, Y a-t-il un « Là » là ? ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 86, p. 225 ss.

¹⁷⁶¹ Voir not. REYMOND MICHEL, Atteinte à la personnalité par Internet.

¹⁷⁶² Voir not. BOONE BRIAN D., Personal Jurisdiction ; CACHARD OLIVIER, Régulation internationale ; HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 11 ss ; WANG FAYE FANGFEI, Internet Jurisdiction, p. 180.

¹⁷⁶³ Voir not. CACHARD OLIVIER, Régulation internationale.

¹⁷⁶⁴ Voir not. BOONE BRIAN D., Personal Jurisdiction.

1. Critère basé sur la volonté de cibler

1168 La notion de ciblage se concentre sur la volonté d'un opérateur d'orienter, de concentrer ses activités vers un territoire en particulier. Ce critère comporte deux composantes, à savoir une volonté de la part de l'opérateur (i) de cibler un territoire (ii).

i. Intention

1169 Premièrement, le critère du ciblage est axé sur la volonté de l'opérateur de cibler un territoire en particulier. Elle cherche à reconstituer la volonté du fournisseur de contenu en se référant à des éléments reflétant cette volonté. Les éléments à prendre en considération, permettant de reconstituer la volonté de l'opérateur, seront évoqués dans la suite du présent chapitre.

1170 Une question est toutefois importante au stade de la détermination de la volonté de l'opérateur. Elle a trait au degré d'intention requis pour qu'il soit possible de conclure à un ciblage. Le ciblage doit-il être intentionnel ? Doit-on exiger de l'opérateur du site Web qu'il ait intentionnellement et délibérément dirigé ses activités vers un territoire en particulier ?

1171 Déterminer l'intention du présumé contrefacteur n'est pas chose aisée et suppose un examen approfondi des circonstances du cas d'espèce. Cet examen incomberait, de surcroît et en premier lieu, au demandeur à l'action, qui doit être en mesure de procéder à cet examen en vue de saisir les tribunaux idoines.

1172 Au vu de l'objectif des règles de conflit de juridictions en termes de prévisibilité et d'efficacité, exiger du demandeur qu'il procède à un tel examen au stade de la simple détermination de la compétence ne paraît pas être une solution raisonnable. La preuve d'une telle intention étant particulièrement difficile à établir, un tel critère affaiblirait de la sorte et de manière démesurée la position du demandeur¹⁷⁶⁵.

1173 Nous pensons en conséquence que les éléments à prendre en considération afin de conclure à un ciblage doivent être objectivement reconnaissables pour les tiers¹⁷⁶⁶. Il convient ainsi de s'écarter de l'examen de la volonté interne du

¹⁷⁶⁵ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 82, au sujet toutefois de la position du consommateur.

¹⁷⁶⁶ Dans ce sens également, Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 63, note de page 36, et les références citées. Mme TRSTENJAK relève à ce sujet que « ce qui est pertinent est l'appréciation

fournisseur de contenu pour se concentrer sur les éléments objectivement reconnaissables. Ces éléments doivent exprimer objectivement une manifestation de volonté du fournisseur de contenu de cibler un État en particulier¹⁷⁶⁷. En d'autres termes, peu importe l'intention du contrefacteur de cibler un territoire en particulier : seule compte la manifestation extérieure de sa volonté.

- 1174 Le facteur déterminant réside finalement dans le fait que le défendeur doit, en tout état de cause, pouvoir raisonnablement anticiper d'être attiré devant les juridictions de l'État du for¹⁷⁶⁸.

ii. Nature du lien avec le territoire ciblé

- 1175 Le critère du ciblage met l'accent sur le lien existant entre le site Internet et un territoire en particulier. Il ne se concentre pas sur un élément matériel ou un événement ponctuel, comme le ferait par exemple le critère de l'effet (« *effect test* »).
- 1176 Dans sa méthode d'interprétation basée sur le critère de la focalisation – critère pouvant être assimilé au critère du ciblage ou au « *targeting test* » – Cachard relève que la focalisation est « une terminologie des flux ou du mouvement. Elle correspond mieux aux activités électroniques qui sont la projection à distance d'un opérateur vers un marché national »¹⁷⁶⁹. Cette composante mouvante de la focalisation est transposable au critère du ciblage, dans la mesure où ce dernier se réfère également à un point focal (ou ciblé) par un site Internet. Cette composante illustre parfaitement ce lien continu, à l'image d'un faisceau lumineux constant, entre Internet et un territoire.
- 1177 Le critère du ciblage prend en compte la composante virtuelle d'Internet. Il permet de tenir compte des différentes caractéristiques d'une contrefaçon, tant virtuelles (comme la langue du site Internet) que réelles (comme la livraison de produits par exemple).
- 1178 Ce critère réconcilie ainsi l'intangible avec le tangible.

de l'activité du commerçant d'un point de vue objectif et non de ses buts subjectifs qu'il n'a pas objectivés par des faits concrets ».

¹⁷⁶⁷ Dans ce sens, arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 80.

¹⁷⁶⁸ FLOYD DOUGLAS C./BARADARAN-ROBISON SHIMA, *Toward a Unified Test of Personal Jurisdiction*, p. 638-642 ; STEIN ALLAN R., *Personal Jurisdiction*, p. 421 s., se prononçant sur les délits intentionnels de l'affaire *Calder*.

¹⁷⁶⁹ CACHARD OLIVIER, *Régulation internationale*, p. 66.

2. Méthode choisie

1179 La méthode que nous proposons se présente sous la forme d'une règle générale (a) permettant de déterminer quels critères ou éléments peuvent constituer des indices de ciblage (b). Une fois les critères analysés, nous présenterons finalement les inconvénients que peut présenter l'application de la méthode proposée, car il apparaît, malgré tous nos efforts, qu'il n'existe pas de panacée en la matière.

a) Règle générale

1180 L'objectif de la présente étude n'est pas de lister de manière exhaustive les éléments pouvant induire un ciblage, mais bien de proposer les outils nécessaires à la détermination de ce ciblage. L'approche choisie dans la présente étude s'apparente ainsi plus à une méthode qu'à une règle. Nous allons ainsi recenser un faisceau d'indices sur la base des critères dégagés de la jurisprudence internationale afin de déterminer si un site Internet cible un territoire en particulier.

b) Critères déterminant le ciblage

1181 L'objectif principal du ciblage est de déterminer si le contenu figurant sur Internet a vocation à entraîner un lien avec un territoire en particulier. A cet effet, tous les éléments peuvent être pertinents. L'exercice auquel doit se livrer le juge consiste ainsi à examiner tous les critères objectifs qui permettent de rattacher le contenu potentiellement constitutif d'une infraction avec l'État du for, soit tant les caractéristiques intrinsèques du site Internet que les agissements extrinsèques, tels que les livraisons de marchandises sur le territoire ciblé.

1182 « Le facteur ou critère fondamental est celui de savoir si l'information émise sur Internet est réellement destinée à avoir une incidence sur le territoire où la marque est enregistrée. Il ne suffit pas que le contenu de l'information puisse risquer de porter atteinte à la marque, il faut de surcroît constater l'existence d'éléments objectifs permettant de discerner des agissements qui, en eux-mêmes, ont une vocation extraterritoriale. À cette fin, divers critères peuvent être utiles, tels que la langue dans laquelle l'information est fournie, l'accessibilité de l'information ou la présence commerciale du défendeur sur le marché protégé par la marque nationale »¹⁷⁷⁰. A cette fin, l'avocat général a, dans l'affaire *Wintersteiger*,

¹⁷⁷⁰ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALÓN, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*, CJUE, cons. 28.

examiné l'étendue du marché utilisé en ligne, le niveau du nom de domaine, les données de localisation fournies sur la page Web, le centre opérationnel d'activités sur le Web du responsable, mais également la langue du site Internet¹⁷⁷¹.

- 1183 Le critère du ciblage est déjà connu en droit européen, dans un cadre différent (i). Nous examinerons brièvement si la jurisprudence y relative peut être transposée dans le présent cadre. Nous examinerons ensuite quels sont les critères permettant de révéler une intention de l'opérateur d'un site Internet de cibler un État (ii).

i. Analogie avec les règles applicables en matière de contrat de consommation ?

- 1184 Deux instruments internationaux contiennent le critère du ciblage. Il s'agit du Règlement Bruxelles *Ibis* et de la Convention de Lugano. L'art. 17 al. 1 let. c) Règlement Bruxelles *Ibis* – en substance identique à l'art. 15 al. 1 let. c) CL – dispose en effet que les règles de compétence prévues en matière de contrat de consommation s'appliquent lorsque « le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États (...) ».
- 1185 Il n'existe pas de définition de la notion d'« activité dirigée ». Il est toutefois de jurisprudence constante que les dispositions contenues dans les instruments susmentionnés doivent être interprétées de manière autonome en tenant compte du système et des objectifs de ces instruments¹⁷⁷².
- 1186 La Cour de justice européenne a considéré que dans la mesure où Internet était devenu « un moyen habituel de faire du commerce, quel que soit le territoire visé »¹⁷⁷³, la notion de « dirigé vers » ne pouvait s'appliquer à la simple utilisation d'un site Internet. La Cour de justice a, par exemple, considéré que la simple accessibilité d'un site Internet offrant à la vente des articles contrefaits sur le territoire couvert par une marque ne signifie pas encore que ces offres sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire¹⁷⁷⁴. Selon la Cour, il est nécessaire de procéder à une analyse au cas par cas afin de déterminer si des

¹⁷⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷⁷² Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 55.

¹⁷⁷³ *Idem*, cons. 72.

¹⁷⁷⁴ Arrêt *L'Oréal SA*, CJUE, cons. 64.

indices pertinents permettent de conclure que les consommateurs situés sur le territoire en question sont visés¹⁷⁷⁵.

- 1187 Dans l'arrêt de référence en matière de ciblage par Internet lors de contrats de consommation, la Cour de justice a examiné plusieurs éléments en vue de déterminer s'il y avait ciblage, en mettant l'accent sur le comportement du professionnel¹⁷⁷⁶. La Cour a ainsi examiné « la nature internationale de l'activité en cause, telle que certaines activités touristiques, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi, par exemple '.de' ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que '.com' ou '.eu', la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres États membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients »¹⁷⁷⁷.
- 1188 Il découle ainsi de la jurisprudence de la Cour de justice européenne susmentionnée que les principes de l'arrêt américain *Zippo*¹⁷⁷⁸, relatifs aux sites actifs, passifs et interactifs ne sont pas pris en compte dans le cadre de l'application de l'art. 17 al. 1 let. c) Règlement Bruxelles *Ibis*¹⁷⁷⁹.
- 1189 Bien que la notion de ciblage figure en droit européen – et plus particulièrement dans le Règlement Bruxelles *Ibis* ainsi que dans la Convention de Lugano – dans un chapitre spécial, relatif aux contrats conclus avec des consommateurs, la jurisprudence y relative peut être appliquée par analogie aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle, à tout le moins en ce qui concerne les critères induisant une notion de ciblage¹⁷⁸⁰. Cette analogie a d'ailleurs également été faite dans le cadre des Principes CLIP¹⁷⁸¹. Les critères déterminant un ciblage en matière de contrats conclu avec des consommateurs seront ainsi pris en compte dans la suite du présent chapitre.

¹⁷⁷⁵ *Idem*, cons. 65. Voir également KESSEDJIAN CATHERINE, Commerce international, p. 534.

¹⁷⁷⁶ FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Consommateurs et commerce électronique, p. 132.

¹⁷⁷⁷ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 83.

¹⁷⁷⁸ Arrêt développé *supra* Chapitre troisième, I, D, 1, d).

¹⁷⁷⁹ BONOMI ANDREA, Jurisdiction over Consumer Contracts, ad art. 17 Règlement Bruxelles *Ibis*, n° 6.51, p. 227, et les références citées.

¹⁷⁸⁰ Dans ce sens également BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 66.

¹⁷⁸¹ KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 83.

ii. Examen du site Internet

- 1190 Les éléments permettant de conclure qu'un site Internet cible un territoire en particulier peuvent être multiples. Un faisceau d'indices doit permettre d'emporter la conviction du juge que l'affaire entretient des liens suffisamment étroits avec le for pour fonder sa compétence internationale.
- 1191 Au vu de l'évolution des technologies, les indices pertinents sont amenés à évoluer également. Les critères à retenir doivent pouvoir suivre les évolutions technologiques, raison pour laquelle nous considérons qu'une règle générale est plus à même de répondre à cet impératif.
- 1192 Une règle basée sur la notion, volontairement large, de ciblage laisse un large pouvoir d'appréciation au juge et aura ainsi plus de chance de survivre aux assauts technologiques à venir.
- 1193 A l'instar de ce qui a été retenu dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, il convient de prendre en considération « toutes les expressions manifestes de la volonté »¹⁷⁸² de cibler un État en particulier. Les mesures permettant de limiter le caractère universel d'Internet, à tout le moins pour les besoins juridictionnels, peuvent être classées dans deux catégories. Dans la première, on trouve les mesures induisant un ciblage implicite ou explicite, qui ont pour but de viser certaines personnes ou zones géographiques (a). Dans la seconde se trouvent, *a contrario*, les mesures excluant certaines personnes ou zones géographiques¹⁷⁸³ (b).

(a) Éléments induisant un ciblage : éléments positifs

- 1194 Les éléments induisant un ciblage peuvent à leur tour être groupés dans deux catégories distinctes. La première catégorie concerne les éléments intrinsèques du site Internet (1). Dans cette catégorie se trouvent les éléments composant le site Internet, qui sont intrinsèquement liés à celui-ci et qui sont ainsi par nature intangibles, tels que le nom de domaine, la langue ainsi que les autres éléments purement virtuels.
- 1195 La deuxième catégorie comprend les éléments extrinsèques du site Internet (2). Dans cette catégorie se trouvent tous les éléments liant le site Internet avec un territoire en particulier. Ces facteurs ont en commun une nature tangible. Ils

¹⁷⁸² Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 80.

¹⁷⁸³ Voir à ce sujet, FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n°10.21, p. 540.

comprennent un apport extérieur au site Internet, comme par exemple la livraison de biens dans un territoire, l'utilisation d'une carte de paiement pour effectuer les ventes ou tout autre contact que l'opérateur entretient avec le for.

(1) Éléments intrinsèques du site Internet

(A) Interactivité du site

1196 Le premier élément intrinsèque à étudier est lié à l'interactivité des sites Internet. En effet, si l'on doit considérer, *a priori*, que certains types de sites Internet sont présumés être dénués de tout ciblage, alors il n'y aurait pas lieu d'examiner leurs autres caractéristiques, telles que listées ci-dessous.

1197 La notion d'interactivité du site Internet constitue l'héritage de l'arrêt *Zippo* en droit américain¹⁷⁸⁴. Selon le *Zippo test*, les sites passifs ne fondent pas de compétence, les sites interactifs fondent une compétence en fonction des circonstances et les sites actifs fondent par définition une compétence. Ainsi que nous l'avons démontré précédemment¹⁷⁸⁵, le *Zippo test*, dans sa conception originelle, ne représente pas un modèle adéquat, notamment en ce qui concerne les extrémités de l'échelle.

1198 Quant à l'interactivité, critère représentant le milieu de l'échelle *Zippo* – et malgré les critiques soulevées par la doctrine américaine, notamment parce qu'elle ne donnait pas de réponse claire et était ainsi soumise à interprétation¹⁷⁸⁶ – nous pensons qu'elle constitue un élément à prendre en considération.

1199 En Europe, la Cour de justice européenne est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*. Dans le cadre des contrats de consommation, la Cour de justice a en effet considéré que le caractère interactif – en l'occurrence la possibilité de contacter l'exploitant du site ou de conclure un contrat en ligne – ou le caractère passif d'un site Internet n'était pas déterminant pour juger si le site pouvait entraîner un ciblage. Le fait que le site Internet contienne les coordonnées de l'exploitant et permette ainsi un contact direct et rapide pouvant aller jusqu'à la conclusion même du contrat ne signifie pas, selon la Cour, que les activités en ligne qui y sont dédiées soient dirigées vers un État en particulier¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸⁴ Voir *supra* Chapitre troisième, I, D, 1, d).

¹⁷⁸⁵ Voir *supra* Chapitre quatrième, IV, A, 3, b), ii.

¹⁷⁸⁶ Voir *supra* Chapitre troisième, I, D, 1, j).

¹⁷⁸⁷ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 78 s.

1200 Si l'on s'en tient à l'interprétation terminologique de la notion de ciblage, rien ne permet d'exclure une certaine catégorie de site Internet, telle que les sites passifs par exemple¹⁷⁸⁸. L'examen du ciblage doit *a contrario* reposer sur une appréciation générale des caractéristiques des sites Internet afin de ne pas limiter cette notion et d'éviter d'exclure des cas qui pourraient potentiellement entrer dans celle-ci.

1201 Finalement, le degré d'interactivité ne doit pas être en soi déterminant, c'est-à-dire fonder *de facto* la compétence des tribunaux du for. Il peut toutefois être utilisé à titre d'indice en vue de conclure à un ciblage. En effet, plus un site est interactif et plus il sera aisé de déterminer si un public en particulier est ciblé. Tel sera ainsi le cas si le site Internet permet aux internautes de l'État du for d'entrer facilement en relation avec le fournisseur de contenu, notamment par les moyens de communication du type email, chat, téléphone ou adresse postale, et permet en outre la livraison via Internet de produits ou de services¹⁷⁸⁹.

(B) Noms de domaine

1202 Nombreux sont les litiges concernant directement ou indirectement l'utilisation de noms de domaines¹⁷⁹⁰. Lorsque le litige n'a pas pour objet le nom de domaine, celui-ci peut donner des indications utiles pour déterminer la volonté de cibler un territoire. Même si les noms de domaine ne peuvent pas localiser de manière fiable leur utilisateur, ils peuvent, selon les circonstances, apporter des indices sur la volonté de s'adresser à un certain public¹⁷⁹¹.

1203 En ce qui concerne les noms de domaine de premier niveau, on peut relever que l'utilisation du domaine de premier niveau générique du type « .com » ne donne par exemple guère d'information relative au ciblage d'un État en particulier, puisque par définition il s'agit d'un nom de domaine générique, mondialement utilisé¹⁷⁹². Cet élément peut cependant révéler une intention de l'opérateur d'octroyer à son site Internet un rayonnement dépassant les frontières

¹⁷⁸⁸ Voir les Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 63.

¹⁷⁸⁹ OMPI, Notes explicatives relatives à la Recommandation commune, ad art. 3, n° 3.13.

¹⁷⁹⁰ Voir notamment arrêt *Inset Systems c. Instruction Set ; Zippo* ; arrêt *Pneus-Online*, CA Lyon, in : JCP 2008, p. 31 ; arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007 ; arrêt *Refoderm*, HG St. Gallen.

¹⁷⁹¹ BÄNHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 77 s.

¹⁷⁹² MANKOWSKI PETER, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, p. 243.

nationales¹⁷⁹³. On peut en effet imaginer qu'un opérateur qui entend contenir ses activités dans son État national utilise un nom de domaine de premier niveau national, du type « .ch » par exemple.

- 1204 *A contrario*, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau national peut refléter une volonté de cibler un État en particulier ou, de manière négative, d'exclure d'autres États¹⁷⁹⁴. Tel est le cas de l'utilisation du nom de domaine « .ch » pour un site Internet étranger qui entend s'adresser au public suisse¹⁷⁹⁵. Il en va de même de l'emploi du nom de domaine « .ie » (pour l'Irlande), qui a été considéré comme un indice excluant un ciblage des internautes anglais¹⁷⁹⁶. Il convient toutefois de réserver les cas particuliers pour lesquels le nom de domaine national a été choisi pour des raisons de consonance ou de marketing, comme par exemple « famili.es »¹⁷⁹⁷. Dans ces circonstances, il convient de se référer aux autres éléments du site Internet permettant de conclure à un ciblage.
- 1205 L'importance de l'utilisation du nom de domaine pourrait être renforcée dans la mesure où l'ICANN a, en juin 2011, décidé de libéraliser le marché des noms de domaine en ouvrant la porte à de nouveaux domaines génériques de premier niveau (gTLD). De nouveaux noms de domaines ont ainsi émergé sur le marché international, à l'exemple de « .swiss ». Or, une des différences majeures entre le domaine de pays de premier niveau « .ch » et le domaine générique de premier niveau « .swiss », par exemple, réside dans la proximité exigée avec la Suisse¹⁷⁹⁸. En effet, le premier (« .ch ») est attribué sans égard aux liens avec la Suisse,¹⁷⁹⁹ alors que pour obtenir le second (« .swiss »), le requérant doit prouver « un lien direct et particulier avec la Suisse »¹⁸⁰⁰. Cette condition d'octroi relative à certains

¹⁷⁹³ Dans l'affaire *Liberty-voyages*, p. 544, la Cour d'appel de Bruxelles avait implicitement considéré que l'extension « .com » utilisée par la société suisse (la défenderesse) aurait pu révéler une intention d'étendre ses activités en dehors des frontières et ainsi de créer, auprès des internautes belges, un risque de confusion quant à l'origine des services. Elle a finalement conclu que la défenderesse n'exerçait pas d'activités sur le territoire du Benelux. Voir également les conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 83.

¹⁷⁹⁴ Dans ce sens, OMPI, Notes explicatives relatives à la Recommandation commune, ad art. 3, n° 3.14.

¹⁷⁹⁵ Arrêt *Refoderm*, HG St. Gallen, cons. II 1.

¹⁷⁹⁶ Arrêt *Euromarket c. Peters and Crate*, High Court of Justice, in : ETMR 2000, cons. 22.

¹⁷⁹⁷ Exemple proposé par SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 473.

¹⁷⁹⁸ Voir OFCOM, Feuille d'information 2.

¹⁷⁹⁹ « Les noms de domaine du « .ch » peuvent être attribués à toute personne indépendamment du lieu de son domicile ou de son siège social », BONDALLAZ STÉPHANE, *Noms de domaine Internet*, p. 275.

¹⁸⁰⁰ OFCOM, Feuille d'information 2.

nouveaux domaines génériques de premier niveau pourrait représenter à l'avenir un indice prépondérant sur le rattachement avec un territoire particulier.

- 1206 A côté des noms de domaine de premier niveau, se trouvent également les noms de domaine de second niveau, qui sont souvent au cœur des litiges en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, notamment en matière de cybersquattage. L'utilisation de certains noms de domaine peut donner une indication géographique. Tel est le cas par exemple, de < www.swiss-life.ch > et de < www.la-suisse.com >¹⁸⁰¹. Dans l'affaire y relative, le Tribunal fédéral avait ainsi conclu que le terme « suisse » impliquait que le site Internet était accessible conformément à sa finalité en Suisse¹⁸⁰². Dans un tel cas, il est indéniable que le choix du nom de domaine révèle une volonté de cibler la Suisse.

(C) Langue

- 1207 La langue utilisée sur le site Internet a souvent été avancée par les différents tribunaux pour déterminer si un État était ciblé par le site Internet litigieux¹⁸⁰³. Elle représente ainsi un critère pertinent selon les circonstances et la langue choisie¹⁸⁰⁴.
- 1208 En effet, dans certaines circonstances, la volonté de cibler certains États est aisément identifiable. Si un site Internet est écrit en langue espagnole mais permet également de choisir la langue italienne en tant que langue de navigation, il apparaît alors plus que probable que le fournisseur de contenu du site Internet souhaite « inviter » un public italien. De la même manière, il a été jugé qu'un site Internet danois proposant de naviguer en langue allemande révélait une intention de cibler le public allemand¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰¹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C_341/2005 du 6 mars 2007.

¹⁸⁰² *Idem*, cons. 4.2.

¹⁸⁰³ Par ex. arrêt *ALS Scan* ; arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH ; arrêt *Boss Zigaretten*, in : *Osterreichische Juristenzeitung* 2001 ; arrêt *eBay c. Maceo* ; arrêt *Hotel Maritime* ; arrêt *Hugo Boss*, C. cass. ; arrêt *Pneus-Online*, CA Lyon, in : JCP 2008, p. 31 ; arrêt *Sanofi c. Novo*.

¹⁸⁰⁴ Selon l'OMPI, Notes explicatives relatives à la Recommandation commune, ad art. 3, n° 3.15, « [l]a langue utilisée en relation avec le signe [distinctif] peut être un facteur déterminant si elle n'est pas très répandue en dehors de l'État membre en question. En revanche, l'usage d'une langue sera d'autant moins concluant que cette langue est couramment employée en dehors de cet État membre ». Voir également ROSENTHAL DAVID, *Unerlaubten Handlungen im Internet*, p. 1345 ss ; ZEKOLL JOACHIM, *Jurisdiction in Cyberspace*, p. 346.

¹⁸⁰⁵ Arrêt *Hotel Maritime*, BGH, cons. II, 1). Selon ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet*, p. 290, cette volonté de cibler pourrait s'étendre au Lichtenstein, à l'Autriche et à la Suisse. Dans ce sens également BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 72 s.

1209 Hormis ces cas clairs, d'autres cas peuvent être sujets à caution.

1210 Premièrement, si la langue utilisée est celle du contrefacteur présumé, ce critère ne pourra pas être pertinent¹⁸⁰⁶. La Cour de justice européenne relève ainsi, à juste titre, que la langue sur le site Internet ne peut être pertinente que lorsqu'elle diffère de celle utilisée dans l'État dans lequel l'exploitant du site Internet exerce son activité¹⁸⁰⁷. En substance, lorsque le site Internet utilise la langue « locale », la langue ne donne pas d'indice particulier. Elle ne permet d'ailleurs pas non plus de conclure à l'absence de ciblage international¹⁸⁰⁸. En revanche, lorsque le site Internet permet de choisir une autre langue, une langue peu répandue et qui n'est la langue officielle que d'un État en particulier¹⁸⁰⁹, cet élément est significatif pour déterminer si l'activité était dirigée vers d'autres États¹⁸¹⁰.

1211 De surcroît, certaines langues ne permettent pas de déterminer de façon certaine l'État ciblé. Il en va de la sorte de l'anglais. Si l'atteinte est commise sur un site Internet rédigé en langue anglaise, il sera difficile de dégager une volonté de ciblage, si ce n'est potentiellement tous les États¹⁸¹¹. Dans un tel cas, il faudra recourir à d'autres critères en vue de procéder à une analyse générale des caractéristiques du site Internet.

1212 Ces considérations sont étayées par la jurisprudence américaine en la matière. Il est en effet édifiant de parcourir les critères appliqués par les tribunaux américains. Les *minimum contacts* ont été examinés à la lumière de critères intrinsèques, relatifs à la nature du site Internet, ainsi qu'à la lumière de critères extrinsèques, relatifs aux liens réels avec le for. Dans la mesure où la langue

¹⁸⁰⁶ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 91.

¹⁸⁰⁷ *Idem*, CJUE, cons. 84. Également dans ce sens, arrêt *Football Dataco*, CJUE, cons. 42. À noter toutefois que la langue (il en va de même de la monnaie figurant sur le site) n'est pas un critère retenu dans la Directive 2000/31/CE. Voir à ce sujet BONOMI ANDREA, *Jurisdiction over Consumer Contracts*, ad art. 17 Règlement Bruxelles Ibis, n° 6.50, p. 227.

¹⁸⁰⁸ BONOMI ANDREA, *Jurisdiction over Consumer Contracts*, ad art. 17 Règlement Bruxelles Ibis, n° 6.50, p. 227.

¹⁸⁰⁹ Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 82. Pour SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 473, il convient toutefois de réserver les cas des pays plurilingues, pour lesquels la langue ne peut représenter un indice déterminant.

¹⁸¹⁰ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 84. Voir également dans ce sens les conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 83.

¹⁸¹¹ Voir dans ce sens arrêt *eBay c. Maceo* ; arrêt *Sanofi c. Novo*. Voir également dans ce sens, ARTER OLIVIER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet*, p. 290 ; BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 74 ; MANKOWSKI PETER, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, p. 246.

nationale est l'anglais, le critère de la langue n'a pas été considéré comme un critère déterminant¹⁸¹².

1213 Le critère de la langue est ainsi particulièrement relevant dans les régions comportant des disparités linguistiques. En Europe par exemple, ce critère est pertinent et dès lors craint par les opérateurs de sites Internet qui rivalisent d'ingéniosité pour le contourner¹⁸¹³.

1214 L'arrêt *Pneus-Online* soulève toutefois une question de principe. Un site Internet exploité par un Français et qui peut également être consulté en allemand, cible-t-il uniquement l'Allemagne ou également d'autres pays dans lesquels on parle allemand ? Dans l'arrêt autrichien *Boss Zigaretten*, le tribunal a considéré que le fait que le site Internet soit rédigé en langue allemande révélait, entre autres, une intention de l'opérateur de s'adresser au marché autrichien¹⁸¹⁴. Cette conclusion paraît tout à fait justifiée dans la mesure où la langue officielle de l'Autriche est l'allemand. Un juge suisse pourrait de la sorte également être amené, dans de telles circonstances, à conclure que le public suisse est ciblé¹⁸¹⁵.

(D) Formalités d'enregistrement et /ou d'abonnement

1215 Le fait de prévoir que les internautes puissent s'enregistrer ou conclure des abonnements sur un site Internet est également relevant.

1216 Ce critère a souvent été utilisé dans les décisions américaines dans la mesure où il permet de déterminer si une personne entretient des liens avec un État en particulier¹⁸¹⁶. Dans le célèbre cas américain *Zippo*, les internautes avaient le choix de conclure des abonnements différents en fonction de leurs besoins. Pour ce faire, ils devaient remplir un formulaire en ligne et ainsi transmettre un certain nombre d'informations dont le lieu de résidence, une carte de crédit ainsi qu'un numéro de téléphone. Ils recevaient ensuite un mot de passe qui leur permettait de valider leur inscription sur le site. Cet échange de données entre les fournisseurs de contenus et les internautes a été considéré par le tribunal américain

¹⁸¹² Le critère de la langue a toutefois été relevé dans l'affaire *Toys « R » Us*. La Cour d'appel n'a toutefois pas tiré de conclusions à cet égard.

¹⁸¹³ Dans l'affaire *Pneus-Online*, CA Lyon, in : JCP 2008, p. 31, la société allemande défenderesse avait mis au point un stratagème pour rediriger les internautes francophones visitant sa page rédigée en allemand vers un autre site Internet, rédigé en français.

¹⁸¹⁴ Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001.

¹⁸¹⁵ Dans ce sens également BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 73.

¹⁸¹⁶ Voir notamment, arrêt *Maritz c. Cybergold* ; arrêt *Zippo* ; arrêt *Cybersell*.

comme un indice que la société défenderesse entretenait des contacts avec les résidents de l'État du for¹⁸¹⁷.

- 1217 *A contrario*, un site Internet espagnol, qui n'autorise l'enregistrement en vue d'accéder à certains services qu'aux personnes habitant en Espagne, personnes qui doivent indiquer leur lieu de résidence parmi une liste exhaustive de provinces espagnoles, est un indice permettant d'exclure une volonté de cibler d'autres États¹⁸¹⁸.

(E) Service de référencement

- 1218 Parmi les indices permettant de déduire une volonté de cibler un État en particulier se trouve en outre le recours à un service de référencement. Dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, la Cour de justice européenne a, par exemple, considéré que « l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherche afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents États membres l'accès au site du commerçant, (...) démontre également l'existence d'une telle volonté »¹⁸¹⁹.

- 1219 Le fait de réserver un mot clé dans le système Google AdWords, qui est limité à un domaine de premier niveau national pourrait représenter un indice sur la volonté de cibler un territoire. Dans l'affaire *Wintersteiger*, la société défenderesse avait, par exemple, inscrit le mot clé sur le site « google.de »¹⁸²⁰. Le tribunal autrichien de première instance a dénié sa compétence dans la mesure où les services de Google étaient opérés sous un nom de domaine national et ne visaient de la sorte que l'Allemagne¹⁸²¹.

- 1220 L'utilisation des services de référencement peut ainsi valablement renseigner sur la volonté de l'opérateur d'un site Internet de cibler un État en particulier.

¹⁸¹⁷ Arrêt *Zippo*, p. 1126.

¹⁸¹⁸ Exemple tiré de l'arrêt *Toys « R » Us*.

¹⁸¹⁹ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 81. Dans ce sens également, voir les conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 89.

¹⁸²⁰ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 12.

¹⁸²¹ Conclusions de l'autorité de première instance autrichienne telles que résumées dans l'arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 15.

(F) Pays visés

- 1221 Le fait qu'un site Internet nomme les pays auxquels il est destiné peut être un indice¹⁸²². L'opérateur peut le préciser par un encart ou un avertissement sur son site Internet. Cet élément ne sera toutefois pertinent que si l'opérateur prend des mesures pour s'assurer de son respect, par une rubrique ne permettant la saisie que des pays visés, tout en gardant à l'esprit que les déclarations des internautes relatives à leurs coordonnées sont sujettes à caution¹⁸²³.
- 1222 Si aucune mention ne paraît sur le site Internet, il est également possible de déterminer quel a été le nombre de « contacts » avec l'État du for au sens de l'affaire *Maritz c. Cybergold*¹⁸²⁴. Le tribunal du Missouri avait ainsi pris en compte le nombre de fois que le fournisseur de contenu avait transmis des informations par voie électronique dans l'État du for.
- 1223 D'autres éléments permettent de déduire une volonté de cibler un pays déterminé. C'est à tout le moins ce qu'un tribunal new-yorkais a considéré dans l'affaire *Bensusan c. King*. Le fournisseur de contenu (M. King) avait – outre la mention sur son site que sa boîte de nuit ne devait pas être confondue avec celle du demandeur¹⁸²⁵ – mis en place un système qui limitait le rayonnement de son site Internet au Missouri, dans la mesure où les informations qu'il mettait en ligne ne s'adressaient qu'au public de cet État. La vente de billets par le biais de son site Internet n'était possible que si l'utilisateur venait chercher en personne ses billets au Missouri. Le Missouri étant clairement ciblé, le tribunal a conclu que M. King n'avait pas établi de liens étroits avec l'État de New York (« *purposefully established 'minimum contacts' with the forum* »¹⁸²⁶) et qu'il n'était en conséquence pas compétent.
- 1224 On peut également mentionner les sites Internet qui publient des indications spécifiques à certains pays. Il en va ainsi par exemple d'une agence de voyages qui explique, sur son site Internet, quelles sont les formalités que les ressortissants d'un État en particulier doivent remplir pour voyager à l'étranger¹⁸²⁷. Ces informations permettent ainsi de déterminer le pays expressément ciblé.

¹⁸²² Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 81.

¹⁸²³ CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 62 s.

¹⁸²⁴ Arrêt *Maritz c. Cybergold*, p. 1333.

¹⁸²⁵ Au sujet des avertissements et des *disclaimers*, voir *infra* Chapitre quatrième, IV, B, 2, b), ii, (b).

¹⁸²⁶ Arrêt *Bensusan c. King*, p. 300.

¹⁸²⁷ BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 86 s.

(G) Type de produits et services proposés sur le site

1225 Selon les circonstances, le type ou la nature des produits proposés en ligne peut donner un indice sur la volonté de l'opérateur du site Web de cibler certaines zones géographiques¹⁸²⁸.

1226 La Cour de justice a ainsi relevé que « parmi les données que comporte le serveur de Sportradar, figurent des données relatives aux rencontres des championnats de football anglais, ce qui est de nature à démontrer (...) [la] volonté de Sportradar de capter l'intérêt du public du Royaume-Uni »¹⁸²⁹. Tel est également le cas lorsqu'un site de partage de fichiers propose de très nombreux albums de musique d'un pays en particulier¹⁸³⁰.

1227 Une publicité ciblée relative à un produit en particulier peut également être relevante¹⁸³¹. On pense par exemple à un produit dont le site fait la publicité et qui indique qu'un rabais « euro » sera offert à sa clientèle suisse. Il en va de même lorsqu'un site propose des services de nature internationale, comme certaines activités touristiques par exemple¹⁸³².

1228 Par contre, la simple proposition de produits en ligne « généraux », soit sans aucune connotation géographique, n'a pas été considérée comme suffisante¹⁸³³.

(H) « Hits » (clics) provenant d'un certain territoire

1229 Il existe des moyens techniques accessibles à tout opérateur qui permettent de chiffrer le nombre de « visites », de « clics » ou de « hits » en fonction de leur provenance géographique¹⁸³⁴. Ainsi, dans l'affaire *Zippo*, le fait que plus de 3'000 utilisateurs Internet résidant en Pennsylvanie suivaient l'activité du site Internet

¹⁸²⁸ ROSENTHAL DAVID, *Unerlaubten Handlungen im Internet*, p. 1345 ss ; ZEKOLL JOACHIM, *Jurisdiction in Cyberspace*, p. 346. Pour un avis contraire, voir les conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 87. Selon l'avocat général, des produits locaux peuvent tout à fait être vendus à l'étranger par exemple.

¹⁸²⁹ Arrêt *Football Dataco*, CJUE, cons. 40.

¹⁸³⁰ Arrêt *1967 c. British Sky Broadcasting*, cons. 21.

¹⁸³¹ BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 79.

¹⁸³² Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 83.

¹⁸³³ Arrêt *Cybersell* ; arrêt *Molnlycke Health* ; arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, p. 834-837, dans lequel le tribunal a également examiné les contacts hors ligne.

¹⁸³⁴ SYMEONIDES SYMEON C./PERDUE WENDY COLLINS, *Conflict of Laws*, p. 837. Voir également arrêt *1967 c. British Sky Broadcasting*, cons. 21 ; arrêt *Omnibill c. Egpsxxx*, cons. 27 ss.

litigieux a été pris en compte en vue de mesurer les *minimum contacts* avec un territoire en particulier¹⁸³⁵.

- 1230 Le facteur des consultations Internet a également été retenu dans le cadre de la Recommandation commune de l'OMPI qui relève que ce facteur constitue un indice sur les incidences commerciales dans un État en particulier¹⁸³⁶.

(I) Autres éléments intrinsèques

- 1231 Divers autres éléments intrinsèques du site Internet peuvent constituer des indices de ciblage. Un tribunal français a, par exemple, examiné la rubrique des commentaires de satisfaction de clientèle d'un site Internet en vue de prouver la disponibilité des produits sur le territoire en question. Cet examen lui a permis de conclure que les produits étaient bel et bien destinés à la clientèle française¹⁸³⁷. Dans l'arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, la Cour de justice européenne a ainsi considéré comme potentiellement relevante « la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients »¹⁸³⁸.

- 1232 Les coordonnées de contact peuvent également constituer un indice. Tel est le cas lorsque celles-ci comprennent l'adresse locale d'un État en particulier facilitant ainsi le contact avec les internautes de cet État¹⁸³⁹. Ainsi, l'indication d'un numéro de téléphone avec un préfixe international a été considérée comme pertinente dans la mesure où elle démontre une volonté de s'adresser aux internautes internationaux¹⁸⁴⁰. Les avis sont partagés lorsqu'il s'agit de numéros de téléphone sans préfixe. L'indication sur un site Internet d'un numéro de téléphone sans préfixe a parfois été considérée comme un des éléments permettant d'exclure tout ciblage¹⁸⁴¹, alors que dans l'arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, elle n'a pas été considérée comme pertinente, dans la mesure où cette indication est de toute manière nécessaire pour contacter l'opérateur du site Internet¹⁸⁴².

- 1233 La renommée d'un site Internet peut également jouer un rôle. Un site tel qu'Amazon.com est connu pour exercer un commerce international. Il offre de

¹⁸³⁵ Arrêt *Zippo*, p. 1126.

¹⁸³⁶ Art. 3 al. 1 let. d) v) Recommandation commune OMPI.

¹⁸³⁷ Arrêt *Pneus-Online*, C. cass., p. 48.

¹⁸³⁸ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 83.

¹⁸³⁹ BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 76 s.

¹⁸⁴⁰ Arrêt *Omnibill c. Egpsxxx*, cons. 13 ; Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 83.

¹⁸⁴¹ Arrêt *Toys « R » Us*.

¹⁸⁴² Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 77.

réels services de fourniture de livres dans de nombreux États. Cette caractéristique a été prise en compte pour comparer le rayonnement d'un site Internet de petite ampleur utilisé comme vitrine locale¹⁸⁴³. Dans ce sens, la présence sur le marché Internet et la structure de la société par exemple peuvent être des indices sur la volonté et la capacité d'un rayonnement international, alors qu'une petite entreprise locale avec peu de moyens sera en principe plus encline à se limiter à des contacts locaux¹⁸⁴⁴.

- 1234 Les liens commerciaux apparaissant dans les moteurs de recherche d'un pays en particulier ainsi que les fenêtres « pop-up » peuvent également être pertinents¹⁸⁴⁵.

(2) Éléments extrinsèques du site Internet

- 1235 A l'inverse des éléments intrinsèques d'un site Internet, qui se concentrent sur la relation virtuelle qu'entretient le site avec un territoire en particulier, les éléments extrinsèques concernent les rapports tangibles que l'opérateur du site Internet entretient avec l'État du for. Ces rapports matériels ont trait, de manière générale, aux ventes de produits en direction de l'État du for. Ils peuvent en outre se concentrer sur d'autres éléments tangibles qui induisent un ciblage.

(A) Vente de produits et services

- 1236 Le fait que des ventes soient réalisées par le biais du site Internet à destination de certains États est un élément extrinsèque relevant¹⁸⁴⁶.
- 1237 Les ventes doivent toutefois être d'une certaine importance¹⁸⁴⁷ et doivent refléter objectivement la situation. Des ventes orchestrées par les parties, et plus précisément par le demandeur ou ses proches, ne constituent pas un indice sérieux. Les ventes considérées ne doivent pas avoir un caractère « fortuit »,

¹⁸⁴³ Arrêt *Euromarket c. Peters and Crate*, High Court of Justice, in : ETMR 2000, cons. 24.

¹⁸⁴⁴ BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 85.

¹⁸⁴⁵ Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 88.

¹⁸⁴⁶ Arrêt *Cybersell*, p. 419 ; arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, p. 834-837 ; arrêt *Euromarket c. Peters and Crate*, High Court of Justice, in : ETMR 2000, cons. 24 ss ; art. 3 al. 1 let. b) iii) et iv) Recommandation commune OMPI.

¹⁸⁴⁷ 1/10^{ème} d'un pour cent des ventes totales n'a pas été considéré comme suffisamment important dans l'arrêt *Richter c. Instar*, p. 1007. *Contra* : arrêt *Molnlycke Health Care*, p. 452 s., dans lequel la *District Court* laisse sous-entendre que même une faible quantité de ventes réalisées dans l'État du for pourraient suffire pour fonder la compétence des autorités du for.

« aléatoire » et « atténué »¹⁸⁴⁸. La même règle s'applique lorsque le site Internet propose des services en ligne. Il a ainsi été considéré comme relevant le fait que le service proposé par le site Internet (soit en l'occurrence le fait d'ouvrir un compte en ligne) ait été réalisé dans le territoire du for¹⁸⁴⁹.

(B) Modalités de livraison et paiement

1238 Les modalités de livraison peuvent également constituer un indice relatif aux territoires ciblés. Un opérateur qui s'engage à livrer dans certains États démontre une volonté de cibler les internautes de ces États en particulier¹⁸⁵⁰.

1239 De manière inverse, un site espagnol qui exclut une livraison hors des frontières espagnoles et qui, techniquement, ne permet pas la saisie des coordonnées étrangères révèle une volonté de circonscrire les effets du site Internet au territoire espagnol¹⁸⁵¹. Il en va de même d'un site Internet proposant des voyages uniquement en partance d'aéroports suisses¹⁸⁵².

1240 Par conséquent, on peut admettre que le simple fait qu'un site Internet permette la livraison de produits dans certains États induit une sorte de ciblage.

1241 Les modalités de paiement peuvent aussi constituer des indices relatifs aux territoires visés. Les cartes de crédit acceptées peuvent par exemple représenter un indice lors de l'appréciation générale de la notion de ciblage¹⁸⁵³. Ce facteur ne doit toutefois pas être déterminant dans la mesure où il est possible de se procurer des cartes de crédit provenant d'États étrangers¹⁸⁵⁴.

1242 La monnaie proposée en ligne peut également être un facteur pertinent¹⁸⁵⁵. Pour cet élément, les mêmes conclusions que celles émises pour le critère de la langue peuvent être appliquées par analogie. Ainsi la monnaie peut être relevante si elle diffère de celle que le défendeur utilise habituellement¹⁸⁵⁶. Tel sera le cas lorsque

¹⁸⁴⁸ « (...) 'fortuitous', 'random', and 'attenuated' », arrêt *Toys « R » Us*, citant l'arrêt *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, p. 475.

¹⁸⁴⁹ Arrêt belge « *Swift* » cité et développé in : MICHAUX BENOÎT/CORNU EMMANUEL/SORREAU GRÉGOR, Noms de domaine et signes distinctifs, p. 39.

¹⁸⁵⁰ BÄNHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 80 s.

¹⁸⁵¹ Voir arrêt *Toys « R » Us*.

¹⁸⁵² Arrêt *Liberty-voyages*, in : Ing.-Cons. 2004, p. 545.

¹⁸⁵³ Voir par ex. l'arrêt *Zippo*, p. 1124.

¹⁸⁵⁴ Voir *supra* Chapitre premier, II, A, 2, a).

¹⁸⁵⁵ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH ; arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, ACJC/335/2015 ; art. 3 al. 1 let. c) ii) Recommandation commune OMPI. Voir également BÄNHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 81 ss.

¹⁸⁵⁶ Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*, CJUE, cons. 84.

le site Internet permet de choisir une monnaie spécifique, utilisée dans l'État du for¹⁸⁵⁷.

1243 A titre d'exemple, on peut citer une entreprise espagnole vendant en ligne des jouets en Espagne et proposant un paiement en pesetas espagnoles uniquement¹⁸⁵⁸. Dans ce cas, on peut déduire une volonté de circonscrire les effets du site Internet à l'Espagne. De manière inverse, un site Internet chinois dont les opérateurs sont vraisemblablement chinois et sur lequel sont proposés à la vente des produits en francs suisses a été considéré comme un indice de ciblage de la Suisse¹⁸⁵⁹.

(C) Distance entre les États concernés

1244 La distance entre l'État de domicile du défendeur et l'État du for a parfois été avancée en vue d'expliquer le lien qui existait entre le for et la cause. C'est le cas de l'affaire américaine *Inset Systems c. Instruction Set*, dans laquelle le tribunal du Connecticut avait considéré que la faible distance qui le séparait du Massachusetts était relevante en vue de créer sa compétence.

1245 Une autre décision autrichienne a également abordé la proximité territoriale des différents éléments de l'affaire qui lui était soumise. Un tribunal autrichien a de la sorte considéré que la possibilité de livrer les produits proposés sur le site dans un pays limitrophe de l'État du for constituait un indice que la publicité faite sur le site Internet litigieux était destinée au marché autrichien¹⁸⁶⁰.

1246 A l'inverse des faibles distances géographiques pouvant refléter un ciblage, l'éloignement territorial peut exclure l'éventualité d'un ciblage. Dans l'affaire *Liberty-voyages*, la Cour d'appel de Bruxelles avait ainsi considéré que la société suisse s'adressait à une clientèle voyageant au départ de la Suisse et qu'« eu égard à la distance qui sépare la Suisse des pays du Benelux, il n'est pas raisonnable de penser qu'elle entend étendre sa clientèle aux personnes résidant sur le territoire du Benelux »¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵⁷ Selon l'art. 3 al. 1 let. c) ii) Recommandation commune OMPI, ce facteur sera pertinent « si les prix sont indiqués dans la monnaie officielle ».

¹⁸⁵⁸ Exemple tiré de l'arrêt américain *Toys « R » Us*.

¹⁸⁵⁹ Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, JCJA/335/2015, cons. 1.2.

¹⁸⁶⁰ Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001, p. 848.

¹⁸⁶¹ Arrêt *Liberty-voyages*, in : Ing.-Cons. 2004, p. 545.

(D) Autres éléments extrinsèques

- 1247 Parmi les autres éléments participant à l'effort de ciblage, on peut citer, par exemple, l'importance des moyens mis en place sur le territoire du for pour faciliter l'accès au site Internet. Dans l'affaire *Zippo*, la société défenderesse avait eu recours à sept fournisseurs d'accès à Internet dans le même État afin de faciliter le téléchargement depuis ce territoire¹⁸⁶². Cet élément a été pris en considération par le tribunal pour admettre le ciblage de cet État.
- 1248 Un indice qu'un territoire est ciblé peut aussi résulter du fait le fournisseur de contenu reçoit de nombreux appels téléphoniques depuis un territoire¹⁸⁶³.
- 1249 Les tribunaux américains ont également observé les contacts physiques que les opérateurs des sites Internet établissaient avec l'État du for. Ils ont ainsi examiné si les opérateurs employaient du personnel dans cet État, s'ils avaient des bureaux ou des comptes bancaires sur ce territoire¹⁸⁶⁴. Le fait d'organiser des foires dans un État, d'avoir des fournisseurs dans cet État¹⁸⁶⁵, ou d'exposer des encarts publicitaires¹⁸⁶⁶ peuvent également entrer en ligne de compte.
- 1250 La publicité proposée par le biais de n'importe quel support médiatique, dans l'État du for, révèle également une intention de ciblage¹⁸⁶⁷. Il en va ainsi de tous les autres moyens de publicité que ceux qui figurent sur le site Internet, par exemple la presse écrite, la radio ou la télévision¹⁸⁶⁸.
- 1251 Le fait qu'un site Internet ne renvoie qu'à d'autres sites du même État peut également constituer un indice de la volonté de l'opérateur de concentrer les effets de son site Internet sur un État en particulier¹⁸⁶⁹.

(b) *Élément excluant un ciblage : éléments négatifs*

- 1252 L'opérateur d'un site Internet peut prendre des mesures positives, pour cibler certains États en particulier. Cette volonté de ciblage limite la compétence du juge aux territoires ciblés. L'opérateur peut toutefois également prendre des mesures

¹⁸⁶² Arrêt *Zippo*, p. 1126.

¹⁸⁶³ Arrêt *Cybersell*, p. 419.

¹⁸⁶⁴ Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 165; arrêt *Toys « R » Us*, p. 448 s.

¹⁸⁶⁵ Arrêt *Euromarket*, F. Supp. 2d, p. 834-837.

¹⁸⁶⁶ Arrêt *Toys « R » Us*, p. 453 s.

¹⁸⁶⁷ Dans ce sens, arrêt *Liberty-voyages*, in : Ing.-Cons. 2004, p. 545.

¹⁸⁶⁸ Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 89.

¹⁸⁶⁹ Arrêt *Liberty-voyages*, in : Ing.-Cons. 2004, p. 543 ss.

négatives, pour exclure ou limiter l'activité en ligne à certains États. Ces mesures relèvent du pouvoir d'autolimitation de l'opérateur¹⁸⁷⁰.

- 1253 Parmi ces mesures « négatives » excluant un ciblage, on trouve les *disclaimers* (1) ainsi que les mesures de blocage et de filtrage géographique (2).

(1) Disclaimer

- 1254 Les *disclaimers* ont pour objectif de limiter la « visite » des sites Internet à certains internautes, soit, en d'autres termes, d'exclure les internautes provenant de certains territoires. Par ce biais, l'opérateur d'une page Internet avertit que les internautes d'un certain pays ne sont pas ciblés.

- 1255 L'avertissement ou *disclaimer* avait déjà été évoqué dans le cadre de l'OMPI en 1999 lors de la troisième session du Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et indications géographiques. Lors de cette session, le comité s'était penché sur l'utilisation des marques sur Internet. L'avertissement avait été considéré comme une possibilité offerte aux utilisateurs de signes sur Internet de « territorialiser » leur utilisation¹⁸⁷¹. Le Comité permanent avait toutefois relevé quelques problèmes liés à l'utilisation des avertissements, notamment quant à la langue utilisée pour les formuler ainsi qu'aux recherches au niveau mondial auxquelles devrait se livrer l'opérateur diligent en vue d'exclure certains territoires¹⁸⁷². Le Comité avait proposé que l'avertissement soit libellé de manière positive par l'opérateur, soit que « i) le signe qu'il utilise a été enregistré dans un territoire donné ; ii) il n'y a aucune relation entre lui et d'autres utilisateurs du signe ; iii) les marchandises ou les services qui sont commercialisés sous ce signe sont uniquement disponibles dans certains pays ('ce produit est disponible seulement dans les pays X, Y et Z') »¹⁸⁷³. Finalement, c'est une rédaction tant positive que négative qui a été retenue comme pertinente : « l'utilisateur pouvant, par exemple, expressément exclure certains États membres ('Non disponibles dans les pays X, Y et Z') ou encore donner une liste exhaustive des pays dans lesquels les produits ou services peuvent être obtenus ('Disponibles dans les pays A, B et C exclusivement') »¹⁸⁷⁴.

- 1256 La question des *disclaimers* a également été soulevée devant plusieurs tribunaux. Un tribunal autrichien a considéré qu'elle pouvait rester ouverte puisque la simple

¹⁸⁷⁰ TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 89.

¹⁸⁷¹ OMPI, Marques sur l'Internet, p. 5.

¹⁸⁷² *Ibidem*.

¹⁸⁷³ *Ibidem*.

¹⁸⁷⁴ OMPI, Notes explicatives relatives à la Recommandation commune, ad art. 3, n° 3.05.

accessibilité du site Internet en Autriche était suffisante pour fonder la compétence des tribunaux locaux¹⁸⁷⁵. En Allemagne, le *Bundesgerichtshof* a en revanche considéré qu'un *disclaimer* pouvait être considéré comme un indice quant au territoire ciblé s'il était sérieux, c'est-à-dire s'il reflétait la réelle intention de son auteur¹⁸⁷⁶. Dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, l'avocat général a ainsi relevé que le fournisseur de contenu doit se comporter de manière conforme aux indications données¹⁸⁷⁷.

1257 Dans l'affaire *Bensusan c. King*, le défendeur avait fait une mention expresse sur son site Internet, indiquant que sa boîte de nuit ne devait pas être confondue avec le célèbre club de jazz The Blue Note à New York. Sur demande de la société new-yorkaise, le défendeur avait par la suite supprimé le lien hypertext conduisant directement sur le site Internet de la société demanderesse qui invitait les internautes à visiter ledit club à New York. Le tribunal saisi, se prononçant sur la compétence des autorités new-yorkaises, avait finalement conclu que le site Internet exploité par le défendeur ne ciblait pas, et n'avait pas de répercussions dans l'État du for¹⁸⁷⁸.

1258 Nous nous accordons à dire que les *disclaimers* doivent représenter un critère parmi d'autres permettant de reconstituer la volonté du fournisseur de contenu de cibler un État¹⁸⁷⁹. Un *disclaimer* ne peut pas en soi permettre d'exclure totalement la possibilité d'être attiré devant les juridictions d'un État¹⁸⁸⁰. L'examen doit reposer au contraire sur tous les critères du cas d'espèce. Il convient en effet de ne pas donner trop de crédit aux annonces du responsable du site Internet sous peine de lui accorder un pouvoir démesuré, à savoir celui de choisir unilatéralement, et parfois de manière fallacieuse, les États ciblés et en conséquence son régime de responsabilité délictuelle¹⁸⁸¹.

¹⁸⁷⁵ Arrêt du 29.05.2001, 4 Ob 110/01g, Österreichisches Recht für Wirtschaft 2001, p. 849.

¹⁸⁷⁶ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH, cons. 22. Dans la présente affaire, le *disclaimer* avait la forme d'une note qui indiquait que le site Internet pouvait être consulté en allemand par les citoyens européens, exclusion faite de ceux qui possédaient une adresse en Allemagne.

¹⁸⁷⁷ Conclusions de l'avocat général VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010 dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, cons. 92.

¹⁸⁷⁸ Arrêt *Bensusan c. King*, p. 299.

¹⁸⁷⁹ OMPI, Notes explicatives relatives à la Recommandation commune, ad art. 3, n° 3.06.

¹⁸⁸⁰ *Idem*, ad art. 3, n° 3.05. Voir également BANHOLZER FELIX, Urheberrechtsverletzungen im Internet, p. 75 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 86, p. 225 ss.

¹⁸⁸¹ Pour MANKOWSKI PETER, Das Internet im Internationales Vertrags- und Deliktsrecht, p. 272, ce critère devrait être irrelevant.

1259 Finalement, il est primordial que l'avertissement soit rédigé de manière claire et compréhensible pour les internautes concernés (notamment au niveau de la langue utilisée)¹⁸⁸². Il doit en outre être sérieux et refléter la volonté réelle de l'opérateur¹⁸⁸³. A cette fin, le *disclaimer* peut s'accompagner de mesures de géolocalisation qui permettront de s'assurer de son efficacité réelle¹⁸⁸⁴.

(2) Blocage géographique

1260 Le géo-blocage ou blocage géographique est une pratique connue des différents acteurs d'Internet¹⁸⁸⁵. En Europe, une récente enquête sectorielle a montré l'ampleur de cette pratique, qui vise les internautes de tous horizons¹⁸⁸⁶.

1261 Le blocage géographique permet au fournisseur de contenu de « bloquer » l'accès à son contenu en ligne. Il permet plus précisément d'« empêcher des cyberconsommateurs, en raison de leur situation géographique ou de leur pays de résidence, d'acheter des biens de consommation ou d'accéder à des services de contenu numérique »¹⁸⁸⁷.

1262 L'opérateur peut ainsi, par exemple, mettre en place un système qui empêche les internautes d'un autre État d'accéder à son site Internet ou alors un système qui redirige les internautes vers le site de l'opérateur destiné à leur pays d'origine. Le blocage géographique peut aussi prendre la forme d'une impossibilité de passer commande en raison de l'origine étrangère de la carte de crédit ou en raison du lieu de livraison par exemple¹⁸⁸⁸.

1263 Il ressort de l'étude publiée par la Commission européenne sur le commerce électronique que les mesures de géo-blocage pour les biens de consommation se font principalement par le biais des adresses postales, puis par le biais des cartes de crédit en enfin par le biais du pays de résidence. Les adresses IP, les numéros

¹⁸⁸² OMPI, Notes explicatives relatives à la Recommandation commune, ad art. 3, n° 3.06 ; KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 82 s.

¹⁸⁸³ Arrêt *Arzneimittelwerbung im Internet*, BGH, cons. 22. Dans ce sens, KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 86, p. 225 ss.

¹⁸⁸⁴ KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 82.

¹⁸⁸⁵ Pour une étude approfondie sur les mesures de géolocalisation en général, voir SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 515 ss.

¹⁸⁸⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, Blocage géographique, p. 1.

¹⁸⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸⁸ Exemples issus de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique : COMMISSION EUROPÉENNE, *Geo-blocking practices in e-commerce*, p. 17.

de téléphone ainsi que la langue choisie sont également pris en considération pour mettre en œuvre le blocage géographique¹⁸⁸⁹.

1264 En ce qui concerne les services de contenu numérique en ligne, soit les services proposant de la musique ou des contenus audio-visuels accessibles en streaming ou au téléchargement, le blocage géographique se fait principalement au moyen des adresses IP¹⁸⁹⁰.

1265 Les mesures de blocage géographique peuvent ainsi donner un indice sur les territoires exclus et *de facto* les territoires ciblés. Les mesures de géo-blocage ne sont néanmoins pas totalement sûres¹⁸⁹¹. Il est, par exemple, possible de contourner les mesures relatives aux adresses IP en se connectant au VPN¹⁸⁹². Les connections VPN permettent en effet aux utilisateurs de changer d'adresse IP et ainsi de contourner les mesures de blocage géographique¹⁸⁹³. Nonobstant ces subterfuges, les mesures de blocage géographique peuvent être juridiquement relevantes, pour établir la volonté de l'opérateur d'exclure certains États.

(3) Filtrage géographique

1266 Si des mesures techniques de filtrage existent, elles ne sont que très rarement utilisées par les opérateurs¹⁸⁹⁴.

1267 Les mesures de filtrage géographique mises en place par les opérateurs n'empêchent pas d'accéder à un site Internet mais soumettent la visite à des conditions différentes en fonction de la provenance (étrangère) de l'utilisateur. L'opérateur propose ainsi les produits à des prix plus élevés aux internautes résidant dans d'autres États¹⁸⁹⁵.

1268 Le filtrage géographique peut en ce sens représenter un indice sur la volonté de cibler un État en particulier ainsi que sur la volonté de limiter l'accès aux internautes de certains territoires.

¹⁸⁸⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, Geo-blocking practices in e-commerce, figure 12, p. 31.

¹⁸⁹⁰ *Idem*, figure 32, p. 53.

¹⁸⁹¹ HAINES AVRIL D., Nouvelles pistes de réflexion, p. 8, note de bas de page 22.

¹⁸⁹² *Virtual Private Network*.

¹⁸⁹³ Voir à ce sujet, COMMISSION EUROPEENNE, Geo-blocking practices in e-commerce, p. 67. L'utilisation d'un VPN permet par exemple de visionner le contenu numérique d'un site suisse depuis l'étranger alors que l'accès est limité aux utilisateurs suisses.

¹⁸⁹⁴ CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 62.

¹⁸⁹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, Geo-blocking practices in e-commerce, p. 17.

c) *Inconvénients de la méthode*

- 1269 Le critère permettant de fonder la compétence des autorités de l'État ciblé par le site Internet présente de nombreux avantages en termes d'identification du for, de proximité du for et de la cause, mais également en termes de concentration du contentieux.
- 1270 Comme toute règle, le ciblage présente néanmoins des exceptions. Dans certaines circonstances, le critère du ciblage présente des difficultés d'adaptation ou doit à tout le moins être précisé. La première hypothèse concerne les sites Internet qui ciblent plusieurs pays (i) et la deuxième la situation concerne les sites où il n'y a pas de ciblage objectivement reconnaissable (ii). Même si, dans ces deux cas, le critère du ciblage prête le flanc à la critique, il n'en reste pas moins que ces « défauts » paraissent peu importants par rapport aux nombreux avantages offerts par ce critère de rattachement.

i. **Pluralité d'États ciblés**

- 1271 En pratique, il est aisément imaginable que plusieurs États soient ciblés par un site Internet.
- 1272 Si un fournisseur de contenu français permet une navigation en allemand, par exemple, la langue pourrait révéler, potentiellement, une intention de cibler la Suisse, l'Autriche et l'Allemagne. Quid si la monnaie permettant de se procurer le contenu en ligne est de surcroît proposée en francs suisses et en euros et que les modalités de livraison sont détaillées pour chacun de ces pays ? L'hypothèse n'est pas si fantaisiste puisque un tribunal autrichien a été amené à se poser la question du ciblage eu égard à l'utilisation de l'allemand sur un site Internet et a admis le ciblage dans le cas qui lui était soumis¹⁸⁹⁶. On peut toutefois imaginer qu'un tribunal suisse ou allemand aurait pu également arriver à cette même conclusion, ce qui crée une incertitude quant au for.
- 1273 Cet exemple montre que le critère du ciblage peut offrir la possibilité de choisir le for qui lui sied. Le risque de *forum shopping* ainsi créé est une conséquence décriée sur la scène internationale. Pourtant, cette pratique n'est pas incongrue, dans la mesure où les règles applicables actuellement permettent au demandeur de choisir entre le for au lieu de l'évènement causal et le for du résultat dommageable. Certes, la réparation du dommage est différente en fonction du for choisi, mais il n'en reste pas moins que le demandeur a le choix entre plusieurs

¹⁸⁹⁶ Arrêt *Boss Zigaretten*, in : Österreichische Juristenzeitung 2001.

fors¹⁸⁹⁷. Au demeurant, le demandeur peut toujours décider de porter le litige devant les autorités du domicile du défendeur. A cet égard, le for général au domicile d'une société, qui est susceptible d'ouvrir plusieurs fors, entraîne déjà en soi un risque de *forum shopping*¹⁸⁹⁸. Le demandeur possède ainsi, et dans plusieurs circonstances, plusieurs fors à sa disposition. Cette ambivalence du système mis en place par le Règlement Bruxelles I qui, d'une part, condamne le *forum shopping*¹⁸⁹⁹ qui, d'autre part, prévoit un droit d'option en faveur du demandeur peut ainsi être qualifié de « *self-contradictory* »¹⁹⁰⁰. Et certains auteurs de modérer la mauvaise presse du *forum shopping*¹⁹⁰¹.

- 1274 Quant au contrefacteur et dans la mesure où ses activités numériques ciblent plusieurs États en particulier, celui-ci peut raisonnablement s'attendre à être attiré devant les juridictions de l'un de ces États. Il n'est en conséquence pas déraisonnable d'ouvrir les choix juridictionnels à la disposition du demandeur dans la même mesure.
- 1275 Il est de toute façon du ressort du juge saisi de se prononcer sur sa compétence en procédant à un examen succinct du cas d'espèce. Si au terme de cet examen, il arrive à la conclusion que le site Internet cible l'État du for, alors il pourra se prononcer sur le fond du litige.
- 1276 Finalement, et en vue d'éviter des jugements contradictoires émanant d'États différents, les règles de conflit de juridictions devraient, en règle générale, être accompagnées de règles de coordination des procédures¹⁹⁰². Lorsqu'une ou plusieurs règle(s) de conflit de juridictions désigne(nt) plusieurs tribunaux, il se présente un risque de conflit positif de compétence, soit un risque que plusieurs tribunaux se saisissent de la même affaire, engendrant de la sorte un risque de décisions inconciliables. Un tel risque peut ainsi être éliminé par une règle de

¹⁸⁹⁷ PONTIER JANNET A./BURG EDWIGE, EU Principles, p. 100 ss, ont d'ailleurs relevé, à l'aune de l'art. 5 ch. 3 Convention de Bruxelles, que l'interprétation donnée dans l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* conduisait à une multiplication des fors (« *multiplication of the bases of jurisdiction* ») que que celle donnée dans l'arrêt *Shevill* induisait une fragmentation du contentieux (« *fragmentation of proceedings* »). Voir également HUET ANDRÉ, Mines de Potasse d'Alsace, p. 733, pour lequel l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* scelle le morcellement des compétences.

¹⁸⁹⁸ GUILLAUME FLORENCE, Commentaire romand, ad art. 60 CL, p. 2077.

¹⁸⁹⁹ Pour un aperçu de la vision européenne relative au *forum shopping*, voir par ex. les Conclusions de l'avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l'affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 67.

¹⁹⁰⁰ KUR ANNETTE, Common European Principles, p. 7 s.

¹⁹⁰¹ BERMAN PAUL SCHIFF, Jurisdiction, p. 525 ; KRAMER LARRY, Rethinking Choice of Law, p. 313 ; KUR ANNETTE, Common European Principles, p. 7 s.

¹⁹⁰² Voir *infra* Chapitre quatrième, VI, C.

coordination des procédures, du type de la litispendance, connue en droit européen et suisse¹⁹⁰³.

- 1277 En conséquence, même si le ciblage peut désigner plusieurs États, cette situation est toutefois relativement fréquente sur la scène internationale et peut être réglée par les règles de coordination des procédures.

ii. Absence de ciblage

- 1278 Il a été avancé à l'encontre du critère du ciblage que celui-ci ne se prête pas bien aux délits commis sur Internet dans la mesure où ils ne sont en principe pas prémédités¹⁹⁰⁴. Dans certains cas, les fournisseurs de contenus ne seraient ainsi pas conscients que l'exploitation de leur site Internet pourrait potentiellement contrevenir aux droits de tierces personnes et n'auraient ainsi pas l'intention ou la volonté de nuire. En ce sens, la critique porte sur l'absence de volonté réelle (contrairement à la volonté exprimée)¹⁹⁰⁵. Nous pensons qu'il n'est toutefois pas déraisonnable d'attendre des fournisseurs de contenus actifs sur Internet de procéder à quelques investigations avant d'affirmer leur présence sur Internet et de s'adresser aux internautes de certains États. De surcroît, la prise en considération de l'intention réelle du contrefacteur ne peut être raisonnablement envisagée au stade de la détermination de la compétence¹⁹⁰⁶.
- 1279 Outre la problématique de la volonté réelle, la détermination de la volonté exprimée, objectivement reconnaissable pour les tiers, peut être ardue dans certaines circonstances. Si les éléments intrinsèques et extrinsèques peuvent en principe faire apparaître un lien entre le site Internet et le lieu ciblé par le site, il peut être envisagé, à tout le moins en théorie, que ces éléments ne permettent pas de dégager une quelconque volonté de ciblage. Tel serait le cas des sites passifs au sens de l'arrêt *Zippo*, soit des sites qui ne font que proposer des biens en ligne¹⁹⁰⁷.
- 1280 On pourrait également imaginer un site Internet proposant au téléchargement gratuit des musiques d'auteurs internationalement connus, à l'image de Madonna par exemple. Si le site Internet est en anglais, contient un nom de domaine de premier niveau générique, et qu'il n'existe pas d'indices permettant de conclure

¹⁹⁰³ Art. 29 Règlement Bruxelles *Ibis* et art. 27 CL.

¹⁹⁰⁴ EDWARDS LILIAN, Where on earth do things happen in Cyberspace, p. 109 s.

¹⁹⁰⁵ Voir à ce sujet *supra* Chapitre quatrième, IV, B, 1, i.

¹⁹⁰⁶ Voir *supra* Chapitre quatrième, IV, B, 1, i.

¹⁹⁰⁷ GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Aspects actuels, p. 735.

que le site s'adresse à un public en particulier, alors le critère du ciblage ne permettrait pas de désigner un ou plusieurs États en particulier.

- 1281 Quelles conséquences l'absence de ciblage objectivement identifiable a-t-elle sur la compétence internationale ? Pour certains auteurs, le simple fait qu'un fournisseur de contenu ne prenne pas de mesures de blocage ou de filtrage géographique alors que celles-ci sont techniquement réalisables sans devoir engager des frais disproportionnés pourrait révéler une volonté d'adresser le contenu de son site de manière universelle, soit de l'adresser à tous les pays¹⁹⁰⁸.
- 1282 Une absence de ciblage entraînerait en conséquence soit une compétence universelle, équivalente à celle prévue par le critère de l'accessibilité, soit tout simplement une absence de compétence¹⁹⁰⁹. Ces deux options sont ainsi potentiellement envisageables.
- 1283 La première hypothèse, consacrant une compétence universelle, présente les mêmes limites que celles qui nous ont conduit à exclure le critère de l'accessibilité¹⁹¹⁰. Les fors ainsi (universellement) désignés n'expriment pas la proximité avec la cause nécessaire à une bonne administration de la justice. La compétence universelle nuit en outre à la prévisibilité des règles de for et est en conséquence défavorable au défendeur qui ne pourrait pas anticiper dans quel État il pourrait être attiré. Pourtant, dans les cas où les fournisseurs de contenus ne prennent pas les mesures minimales pour circonscrire le rayonnement de leurs sites Internet, leur protection est-elle encore justifiée ? On serait ainsi tenté d'affirmer que, lorsque le fournisseur de contenus souhaite s'adresser au monde entier, il doit s'attendre à être attiré devant les juridictions de chaque État.
- 1284 La deuxième hypothèse présente, de manière assez évidente, un désavantage pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui risqueraient de ne pas avoir de for à disposition pour agir en contrefaçon. Cette solution serait en outre néfaste pour le commerce électronique de manière plus globale. En effet, l'absence de compétence résultant de l'absence de ciblage encouragerait les opérateurs de sites Internet à exploiter des sites les plus « neutres » possibles. Les échanges commerciaux électroniques pourraient ainsi être freinés en vue d'échapper à la justice.
- 1285 A notre avis, aucune de ces hypothèses ne présente en conséquence une solution raisonnable. Nous pensons ainsi que la seule manière de conjuguer l'exigence de bonne administration de la justice tout en protégeant les titulaires de droits de

¹⁹⁰⁸ TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 89 s.

¹⁹⁰⁹ METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 257.

¹⁹¹⁰ Voir *supra* Chapitre quatrième, IV, A, 2.

propriété intellectuelle, se situerait à un autre niveau. Dans ces circonstances exceptionnelles, on pourrait imaginer tenir compte, non pas du dommage initial, mais du dommage économique. Cette solution permettrait, cas échéant, de localiser le lieu du résultat au lieu où la victime a subi un dommage économique. Ce critère présente toutefois le risque de coïncider avec le domicile du demandeur, ce qui, en définitive, reviendrait à saisir les tribunaux au for au domicile du demandeur. Malgré les inconvénients liés à l'application du critère du dommage économique¹⁹¹¹, dans les rares cas où le demandeur subirait un dommage dans un autre État que celui de son domicile, le for au lieu du dommage économique offrirait ainsi la seule solution de for alternatif qui présenterait une certaine proximité entre la cause et le for.

1286 Quoi qu'il en soit, l'absence exceptionnelle de for au lieu ciblé par le site peut être relativisée par le fait que le lieu du résultat n'est pas le seul for à disposition du demandeur. Celui-ci pourra en effet toujours porter son action, en sus du domicile du défendeur, au lieu de l'évènement causal.

3. Application du critère

a) *Dommage initial*

1287 Le critère du ciblage présente l'avantage de permettre au tribunal de se concentrer sur le dommage initial porté à un droit de propriété intellectuelle.

1288 En effet, en principe, les dommages économiques ne présentent pas la proximité adéquate avec le for pour fonder la compétence des autorités du for¹⁹¹².

1289 Comme nous l'avons vu, la localisation du dommage initial lorsque l'atteinte est commise sur Internet est délicate puisque la simple reproduction sans droit est déjà une atteinte. Le critère du ciblage permet ainsi d'ancrer et de rattacher le dommage initial à un territoire en particulier¹⁹¹³.

¹⁹¹¹ Voir *supra* Chapitre deuxième, III, B, 2, c).

¹⁹¹² Voir *supra* Chapitre deuxième, III, B, 2, c).

¹⁹¹³ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 129 LDIP, n° 15, p. 585 s. L'auteur mentionne toutefois que le demandeur devrait aussi pouvoir ouvrir action, en matière délictuelle générale, au lieu où le dommage économique s'est produit, ce lieu étant équivalent au domicile ou à la résidence habituelle du lésé.

b) *Forum delicti et forum protectionis*

1290 Dans la mesure où nous avons établi que le critère déterminant doit être fondé sur la notion de ciblage, il convient dans un deuxième temps de circonscrire le périmètre sur lequel le ciblage peut être pris en compte. Ce périmètre s'étend-il à tous les États ciblés ou est-il au contraire limité aux États dans lesquels le droit de propriété intellectuelle est protégé ? Le *forum delicti* est-il identique au *forum protectionis* ? Autrement dit, le droit de propriété intellectuelle doit-il être protégé dans l'État ciblé afin de fonder la compétence des autorités saisies ?

1291 Cette épineuse question est étroitement liée au principe de territorialité. Comme nous l'avons montré, la propriété intellectuelle a été, depuis son origine, gouvernée par le principe de territorialité. Cet héritage est notamment dû aux actes de puissance publique ainsi qu'aux formalités administratives auxquelles les droits de propriété intellectuelle, et plus spécifiquement les droits de propriété industrielle, sont soumis. La matière reste ainsi imprégnée par le principe de territorialité qui continue à l'heure actuelle d'être privilégié par une puissante tendance territorialiste¹⁹¹⁴. Cette tendance met parfois en lumière les clivages entre les domaines du droit concernés, soit entre le droit international privé et la propriété intellectuelle.

1292 Ce clivage est parfaitement illustré par les solutions retenues en *soft law*.

i. « **Soft law** »

1293 Les principes ALI et CLIP reflètent les tendances observées sur la scène internationale : l'une universaliste, l'autre territorialiste.

1294 L'approche qui a été privilégiée dans les Principes ALI peut être qualifiée d'universaliste. Le juge de la contrefaçon ne siège pas nécessairement dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle.

1295 Participant d'une conception plus territorialiste, les Principes CLIP ont adopté une approche faisant coïncider le *forum delicti* avec le *forum protectionis*. Ils excluent le principe d'ubiquité, soit la nature duale du lieu où le fait dommageable s'est produit, pour ne retenir que le lieu de la violation (*infringement*), lequel ne pourrait se situer que dans l'État qui protège le droit¹⁹¹⁵.

¹⁹¹⁴ Voir *supra* Chapitre deuxième, V, B, 1.

¹⁹¹⁵ METZGER AXEL, *Intellectual Property Infringements on the Internet*, p. 258 ; KUR ANNETTE, *CLIP Commentary*, ad art. 2 : 203, p. 85.

- 1296 Cette approche est basée sur la nature particulière des droits dont il est question ainsi que sur des considérations procédurales¹⁹¹⁶.
- 1297 Selon HEINZE, l'approche territorialiste est justifiée dans la mesure où « *territoriality and the act-based conception of intellectual property infringements are the traditional points which distinguish intellectual property infringements and other wrongs* »¹⁹¹⁷. Selon cette vision, la nature des droits de propriété intellectuelle et la territorialité qui les caractérisent les distingue des autres matières¹⁹¹⁸. Dans cette mesure, il découle du principe de territorialité que « *infringement can – as in substantive law – occur only in a state where the IP right exists* »¹⁹¹⁹.
- 1298 Nous nous accordons à dire que le droit conféré au titulaire d'une marque, par exemple, ne permet à celui-ci d'interdire l'usage de sa marque que dans le territoire d'enregistrement. L'usage de la marque ne pourra pas être interdit par le titulaire dans un pays voisin s'il n'y a pas également enregistré sa marque¹⁹²⁰.
- 1299 Toutefois, s'il est vrai que la portée de la protection du droit ne dépasse pas les frontières du pays qui le protège, le fait de savoir s'il a effectivement été porté atteinte au droit de propriété intellectuelle relève du droit applicable. La portée territoriale de la protection ne devrait pas empêcher un juge de se prononcer sur une contrefaçon alléguée à un droit protégé à l'étranger¹⁹²¹.

ii. Examen de la violation du droit au stade de la détermination de la compétence

(a) Examen limité à la potentialité de l'atteinte

- 1300 En vertu de ce qui précède, il est important d'examiner de manière plus approfondie la question de l'examen de la violation du droit au stade de la détermination de la compétence. En effet, à la lumière du principe de territorialité et lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu où la violation a été subie, une question est récurrente : un droit de propriété intellectuelle créé par un ordre juridique déterminé, dont les limites représentent les frontières géographiques du territoire A, peut-il effectivement être violé sur le territoire B ?

¹⁹¹⁶ HEINZE CHRISTIAN, *International Enforcement*, p. 65 s.

¹⁹¹⁷ *Idem*, p. 63.

¹⁹¹⁸ Voir également, KUR ANNETTE, *CLIP Commentary*, ad art. 2 : 202, p. 73 ss.

¹⁹¹⁹ HEINZE CHRISTIAN, *International Enforcement*, p. 65.

¹⁹²⁰ *Idem*, p. 63 s.

¹⁹²¹ *Contra* : HEINZE CHRISTIAN, *International Enforcement*, p. 64.

- 1301 La réponse à cette question, au stade de la détermination de la compétence, peut être brève et quelque peu provocatrice : peu importe. En effet, la question de savoir si une violation a effectivement été subie ou non ne relève pas de l'examen auquel le juge doit procéder lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est compétent ou non¹⁹²². Cette épineuse question n'a pas lieu d'être tranchée au stade de la détermination de la compétence du juge de la contrefaçon. La réponse pourra être apportée dans un second temps, lors de la décision au fond et en vertu du droit désigné par les règles de conflit de lois du for¹⁹²³. « Les considérations sur lesquelles est fondée la compétence judiciaire en matière de propriété intellectuelle sont, en effet, indépendantes de celles qui se trouvent à la base de la détermination de la loi applicable »¹⁹²⁴.
- 1302 En conséquence, « (...) lors de l'examen de sa compétence, le tribunal saisi ne doit évidemment pas vérifier si les prétentions du demandeur sont fondées »¹⁹²⁵. Le préalable à toute détermination de compétence porte sur la potentialité de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Au stade de l'examen de la compétence judiciaire d'une autorité, seul le potentiel dommageable d'une situation particulière sera pris en considération¹⁹²⁶. La Cour de justice a ainsi relevé, au sujet de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I, qu'« au stade de la vérification de la compétence internationale, la juridiction saisie n'apprécie ni la recevabilité ni le bien-fondé de la demande selon les règles du droit national, mais identifie uniquement les points de rattachement avec l'État du for justifiant sa compétence en vertu de cette disposition (arrêt Folien Fischer et Fofitec, C-133/11, EU:C:2012:664, point 50). Aussi cette juridiction peut-elle considérer comme établies, aux seules fins de vérifier sa compétence en vertu de cette disposition, les allégations pertinentes du demandeur quant aux conditions de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (arrêt Hi Hotel HCF, C-387/12, EU:C:2014:215, point 20) »¹⁹²⁷.
- 1303 La question de l'étendue de l'analyse exigée afin de fonder la compétence internationale revêt une importance considérable. En effet, si une simple allégation suffit, sans analyse plus approfondie des éléments du cas d'espèce, on

¹⁹²² Voir not. arrêt *Hôtel Maritime*, BGH, cons. II 1) ; ATF 132 III 579, cons. 2.2 ; ATF 122 III 249, cons. 3b, bb).

¹⁹²³ Voir not. GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 22, p. 919 ; PEUKERT ALEXANDER, Territoriality, p. 202.

¹⁹²⁴ MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 390.

¹⁹²⁵ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 123, p. 1842.

¹⁹²⁶ LEHMANN MATTHIAS, Special Jurisdiction, ad art. 7 Règlement Bruxelles Ibis, n° 4.28, p. 141.

¹⁹²⁷ Arrêt *Kolassa*, CJUE, cons. 62.

risque alors de créer une compétence universelle¹⁹²⁸. Une exigence trop minimaliste ouvrirait ainsi la porte au *forum shopping* et exposerait les titulaires de droit de propriété intellectuelle à un « harcèlement procédural »¹⁹²⁹. La latitude offerte aux demandeurs leur permettrait alors d'utiliser l'action en contrefaçon à des fins offensives et non plus défensives ainsi qu'initialement prévu par le législateur¹⁹³⁰. Cette situation pourrait au surplus conduire à une surcharge des tribunaux qui, au terme d'une analyse au fond, devraient conclure au rejet de l'action faute de dommage¹⁹³¹. C'est dans cette optique que GAUDEMET-TALLON a proposé de faire correspondre la compétence et le droit applicable en matière délictuelle, lorsque le juge saisi est celui du lieu de résultat du dommage¹⁹³². En effet, si le juge arrive, au terme de l'analyse au fond, à la conclusion qu'il n'y a pas de dommage dans son pays, il ne pourra que renvoyer la cause à ses homologues étrangers, dès lors que l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I limite la compétence du juge aux dommages survenus sur son territoire¹⁹³³. L'auteur se demande ainsi s'il ne serait pas « (...) plus simple que le juge français, saisi en tant que juge du lieu de réalisation du dommage, se déclare incompétent dès lors qu'il n'y a ni dommage subi, ni risque de dommage en France ? »¹⁹³⁴.

- 1304 Nonobstant ce qui précède, la limite entre l'examen qui est effectué au stade de la compétence et celui qui relève du fond est très étroite. Le tribunal doit ainsi se livrer à une analyse succincte des critères lui permettant de se saisir de l'affaire qui lui est soumise. Toutefois, « (...) cette analyse requiert une appréciation des faits proche d'un examen au fond de l'affaire, mais ces deux plans sont évidemment différents et il est nécessaire de ne pas les confondre »¹⁹³⁵. Selon l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, le critère utilisé aux fins d'analyse, « (...) qui se limite à la phase de détermination de la compétence judiciaire, tient compte non pas de l'infraction qui a été commise et est survenue, mais du potentiel d'infraction d'agissements déterminés »¹⁹³⁶.

¹⁹²⁸ GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 5 CL/CB, n° 264, p. 244.

¹⁹²⁹ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Compétence en matière civile, p. 35.

¹⁹³⁰ CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 642.

¹⁹³¹ *Ibidem*.

¹⁹³² GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Aspects actuels, p. 737. Cette considération était faite en lien avec le critère de l'accessibilité du site Internet.

¹⁹³³ Ce raisonnement est aussi valable pour l'art. 5 ch. 3 CL et l'art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles Ibis dont les textes sont semblables.

¹⁹³⁴ GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Aspects actuels, p. 737.

¹⁹³⁵ Conclusions de l'avocat général PEDRO CRUZ VILLALON, présentées le 16 février 2012 dans l'affaire *Wintersteiger*, cons. 31.

¹⁹³⁶ *Ibidem*. Voir également GEIMER REINHOLD, Kommentar, ad art. 5 CL/CB, n° 264, p. 244, qui considère dans ce sens que les allégations du demandeur ne sont pas suffisantes pour justifier la compétence du juge en matière délictuelle.

1305 La limite est d'autant plus ténue que les tribunaux font parfois appel aux notions du droit de fond pour interpréter les critères de rattachement nécessaires à l'application des règles de conflit de juridictions.

(b) *Examen proche de celui au fond*

1306 La Cour de justice européenne s'est parfois référée, dans sa propre jurisprudence, aussi bien aux décisions de fond qu'à l'interprétation donnée à certaines notions matérielles afin de fonder sa compétence.

1307 Ce fut le cas notamment dans l'affaire *Google France SARL*, qui avait trait à l'utilisation d'un signe identique à une marque en tant que mot clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet. Dans cette affaire, la CJUE a ainsi conclu qu'il y avait « atteinte à la fonction d'indication de la marque d'origine lorsque l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers »¹⁹³⁷. Elle a également considéré que « du point de vue de l'annonceur, la sélection du mot clé identique à la marque a pour objet et pour effet l'affichage d'un lien promotionnel vers le site sur lequel il offre à la vente ses produits ou ses services. Le signe sélectionné en tant que mot clé étant le moyen utilisé pour déclencher cet affichage publicitaire, il ne saurait être contesté que l'annonceur en fait un usage dans le contexte de ses activités commerciales et non dans le domaine privé »¹⁹³⁸. Cet arrêt concernait la violation d'une marque lors d'un examen au fond du litige et non pas la compétence judiciaire. Ce sont pourtant ces dernières considérations qui ont servi à la localisation de l'évènement causal au sens de l'art. 5 ch. 3 Règlement Bruxelles I dans l'affaire *Wintersteiger*¹⁹³⁹.

1308 Dans d'autres cas, les tribunaux ne procèdent tout simplement pas à l'examen de leur compétence avant de rendre une décision au fond. En droit anglais par exemple, l'affaire *Euromarket c. Peters and Crate* en est un bel exemple. La demanderesse était une compagnie américaine qui gérait des magasins aux États-Unis sous le nom de « Crate and Barrel ». Elle avait enregistré la marque du même nom au Royaume-Uni, bien qu'elle n'ait pas possédé de magasin sur ce territoire. La défenderesse tenait un magasin en Irlande sous le nom « Crate & Barrel ». La demanderesse a ouvert action en Angleterre. Elle reprochait à la défenderesse de

¹⁹³⁷ Arrêt *Google France SARL*, CJUE, cons. 84.

¹⁹³⁸ *Idem*, cons. 52.

¹⁹³⁹ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 35.

porter atteinte à sa marque par l'insertion d'un encart publicitaire dans un journal publié en Angleterre (circulant également en Irlande) et par la tenue d'une page Internet au nom de « Crate & Barrel ». Selon les conclusions du tribunal, le propriétaire d'un site Internet ne doit pas être assimilé « *as putting a tentacle onto the user's screen* »¹⁹⁴⁰. Le tribunal n'a ainsi pas procédé à l'examen de sa compétence mais a conclu, au fond, que le défendeur n'avait pas porté atteinte à la marque de la demanderesse en Angleterre.

(c) *Faits doublement pertinents*

- 1309 Cette problématique rappelle une théorie bien connue en droit suisse dite « théorie des faits doublement pertinents »¹⁹⁴¹. Cette théorie s'applique tant en matière internationale qu'en droit interne¹⁹⁴².
- 1310 Cette théorie trouve application lorsque « les faits déterminants pour la compétence du tribunal sont également ceux qui sont déterminants pour le bien-fondé de l'action »¹⁹⁴³. Dans de telles circonstances, le juge procède à l'examen de sa compétence à la lumière des faits allégués, des moyens ainsi que des conclusions de la demande, étant entendu que « [l']administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond »¹⁹⁴⁴. « En d'autres termes, au stade de l'examen et de la décision sur la compétence, qui ont lieu d'entrée de cause, les faits doublement pertinents n'ont pas à être prouvés, mais ils sont censés établis sur la base des allégués, moyens et conclusions du demandeur »¹⁹⁴⁵. Malgré les conclusions de certains arrêts allant dans le sens contraire¹⁹⁴⁶, les faits doublement pertinents ne doivent pas être allégués avec une

¹⁹⁴⁰ Arrêt *Euromarket c. Peters and Crate*, High Court of Justice, in : ETMR, cons. 24.

¹⁹⁴¹ Pour un aperçu de l'application de cette théorie par les tribunaux suisses, voir notamment, Arrêt du TF 4A_573/2015 du 3 mai 2016, cons. 5 ; ATF 141 III 294, cons. 5.2 ; ATF 136 III 486, cons. 4 ; ATF 134 III 27, cons. 6.2.1 ; ATF 133 III 295, cons. 6.2.

¹⁹⁴² Arrêt du TF 4A_573/2015 du 3 mai 2016, cons. 5.

¹⁹⁴³ ATF 141 III 294, cons. 5.1. Ils sont traditionnellement opposés aux faits simples qui ne sont déterminants que pour la compétence.

¹⁹⁴⁴ ATF 141 III 294, cons. 5.2.

¹⁹⁴⁵ Arrêt du TF 4A_573/2015 du 3 mai 2016, cons. 5.2.1.

¹⁹⁴⁶ Voir notamment, ATF 135 V 373, cons. 3.2 ; ATF 133 III 282, cons. 3.2 ; ATF 131 III 153, cons. 5.1 et cons. 6.4 ; ATF 128 III 50, consid. 2b/aa ; ATF 121 III 495, cons. 6d. À noter que ces arrêts concernent des cas particuliers d'abus de droit ou des cas dans lesquels la demande est spécieuse et incohérente.

« certaine vraisemblance », mais doivent uniquement être « concluants », en ce sens qu'ils permettent la qualification de l'objet du litige¹⁹⁴⁷.

- 1311 Cette théorie a récemment connu quelques rebondissements lorsque le Tribunal fédéral, souhaitant clarifier cette pratique, a malencontreusement introduit l'idée qu'à l'issue de son examen au fond, le juge pourrait rendre une décision d'irrecevabilité alors même qu'il aurait déjà constaté sa compétence sur la base des faits doublement pertinents¹⁹⁴⁸. Cette idée a fait l'objet de vives critiques¹⁹⁴⁹, ce qui a finalement contraint notre Haute Cour à rectifier son erreur¹⁹⁵⁰.
- 1312 BUCHER relève, à juste titre, que « [l]e défaut de la théorie, dans sa version originaire, consiste en effet à autoriser le juge à constater sa compétence sans en vérifier toutes les conditions, et à renvoyer l'examen des faits doublement pertinents à la procédure au fond, sans tenir compte de l'incidence des mêmes faits sur l'application des règles de compétence »¹⁹⁵¹. La jurisprudence a toutefois justifié cette théorie « dans son résultat, dès lors que le demandeur qui choisit d'introduire son action à un for spécial n'a pas un intérêt à pouvoir, en cas d'échec, la porter ensuite au for ordinaire ou à un autre for spécial »¹⁹⁵².
- 1313 En matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les faits déterminants pour la compétence sont les mêmes que ceux qui relèvent du fondement matériel de l'action, de sorte que le juge se limitera à examiner si les allégués du demandeur sont concluants et fondent ainsi la nature délictuelle de l'action. Si ce n'est pas le cas, il déclarera la demande irrecevable. *A contrario*, si les allégués sont concluants, il procédera à l'administration des preuves dans le cadre de l'examen au fond, examen qui aboutira à l'acceptation ou au rejet de l'action. L'examen du dommage ne peut ainsi pas être effectué au stade de la compétence. Le juge saisi ne pourra examiner les conditions de l'atteinte alléguée qu'au stade de l'examen au fond du litige.

¹⁹⁴⁷ Arrêt du TF 4A_573/2015 du 3 mai 2016, cons. 5.2.1 et 5.2.2 dans lequel l'arrêt donne l'exemple d'une qualification qui pourrait être soit contractuelle soit délictuelle.

¹⁹⁴⁸ Arrêt du TF 4A_28/2014 du 10 décembre 2014, cons. 4.2.2 ; BUCHER ANDREAS, *Théorie des faits doublement pertinents*, p. 72.

¹⁹⁴⁹ Voir à ce sujet, BUCHER ANDREAS, *Théorie des faits doublement pertinents*, p. 69 ss.

¹⁹⁵⁰ Dans son ATF 141 III 294, cons. 5.2, le Tribunal fédéral a précisé qu'« [i]l y a lieu de corriger l'erreur (...) qui s'est glissée dans cet arrêt [arrêt 4A_28/2014 du 10 décembre 2014] lorsqu'il y est dit que le 'renvoi de l'administration des preuves au fond ne signifie évidemment pas qu'un rejet pour défaut de compétence ne puisse plus être prononcé' et 'que le juge statuera sur la compétence...' ».

¹⁹⁵¹ BUCHER ANDREAS, *Théorie des faits doublement pertinents*, p. 72.

¹⁹⁵² Arrêt du TF 4A_573/2015 du 3 mai 2016, cons. 5.2.1 ; ATF 141 III 294, cons. 5.2.

- 1314 Cette règle suisse s'applique-t-elle aux fors suisses désignés par les dispositions de la Convention de Lugano ? L'application de cette théorie n'est pas prévue dans la Convention de Lugano, mais relève de la loi du for¹⁹⁵³. La jurisprudence suisse semble accepter une application de la théorie des faits doublement pertinents, dans le cadre de l'application de la Convention de Lugano, pour autant qu'elle ne remette pas en cause l'efficacité pratique de la convention¹⁹⁵⁴. Dans la mesure où l'interprétation de la Convention de Lugano est influencée par la jurisprudence de la Cour de justice européenne, il convient de s'y référer¹⁹⁵⁵. Dans son arrêt *Kolassa*, la Cour de justice a conclu qu'« il n'y a pas lieu de procéder à une administration détaillée de la preuve en ce qui concerne les éléments de fait litigieux qui sont pertinents à la fois pour la question de la compétence et pour l'existence du droit invoqué. Il est toutefois loisible à la juridiction saisie d'examiner sa compétence internationale à la lumière de toutes les informations dont elle dispose, y compris, le cas échéant, les contestations émises par le défendeur »¹⁹⁵⁶. Selon BUCHER, la prise en considération des allégations du défendeur fait obstacle à l'application de la théorie des faits doublement pertinents et la rend ainsi inopérante dans le cadre de la Convention de Lugano¹⁹⁵⁷. La jurisprudence est, de son côté, plus nuancée. Selon le Tribunal fédéral, l'arrêt *Kolassa* ne contrevient pas à l'application des règles nationales dans la mesure où la Cour de justice n'exclut pas un seul examen des allégués du demandeur, mais laisse la porte ouverte à un examen plus large des circonstances¹⁹⁵⁸.
- 1315 La problématique rappelle également une autre règle appliquée dans les pays de tradition de *common law*, la *double actionability rule*¹⁹⁵⁹. Selon cette règle, un acte commis à l'étranger ne sera pris en compte pour déterminer la compétence des tribunaux locaux que si le dommage est subi en Angleterre et que ce dommage est répréhensible selon la loi applicable¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵³ ATF 141 III 294, cons. 5.2 citant l'ATF 134 III 27, cons. 6.2.

¹⁹⁵⁴ ATF 134 III 27, cons. 6.2.

¹⁹⁵⁵ BUCHER ANDREAS, Théorie des faits doublement pertinents, p. 75.

¹⁹⁵⁶ Arrêt *Kolassa*, CJUE, cons. 65.

¹⁹⁵⁷ BUCHER ANDREAS, Théorie des faits doublement pertinents, p. 76.

¹⁹⁵⁸ ATF 141 III 294, cons. 5.2.

¹⁹⁵⁹ Cette règle puise sa source dans le droit anglais et plus précisément dans l'arrêt *Phillips c. Eyre*. Depuis l'harmonisation du droit international privé en droit européen, elle est toutefois en perte de légitimité. Voir à ce sujet DICEY ALBERT V./MORRIS JOHN H. C./COLLINS LAWRENCE, *Conflict of Laws*, n° 1-018, p. 9 s. ; HANDFORD PETER, EDWARD JOHN EYRE, p. 825 ; WILDERSPIN MICHAEL, *Compétence juridictionnelle*, p. 781.

¹⁹⁶⁰ HANDFORD PETER, EDWARD JOHN EYRE, p. 822 ss. Au sujet de la *double actionability rule* et de ses répercussions en matière de contrefaçon, voir PERRET FRANÇOIS, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 138.

- 1316 Dès lors que la théorie des faits doublement pertinents, tout comme la *double actionability rule*, relèvent du droit interne, elles ne peuvent être appliquées lorsque la Convention de Lugano ou le Règlement Bruxelles *Ibis* trouvent application. En effet, ces instruments requièrent une interprétation autonome, ne laissant de la sorte aucune place à l'application de notions internes¹⁹⁶¹.
- 1317 Finalement, même si la question de la violation du droit est examinée au stade de la détermination de la compétence, le juge ne devrait examiner cette question qu'à la lumière du potentiel d'infraction sans se livrer à un examen au fond. Le juge qui s'est déclaré compétent sur la base de cette analyse – nécessairement sommaire – de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle reste par conséquent entièrement libre d'apprécier ladite atteinte pour juger du fond du litige.

iii. Objectif idéal : une approche universaliste

- 1318 L'approche universaliste possède de solides arguments en faveur d'une compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon, auxquels nous souscrivons.
- 1319 L'attribution de la compétence pour juger des litiges relatifs aux droits de propriété intellectuelle à l'État de protection du droit est solidement ancrée dans la tradition territorialiste de cette matière. Elle est également liée à un autre principe cardinal : le principe de souveraineté territoriale¹⁹⁶². Pourtant, selon cette approche, ni le principe de souveraineté, ni le principe de territorialité ne représentent une limite raisonnable à la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon.
- 1320 Derrière l'approche restrictive liée à la souveraineté étatique se trouve le fait que, les droits de propriété intellectuelle étant soumis à des actes de puissance publique, les États concédants doivent pouvoir souverainement décider de leur validité ainsi que des questions y afférentes. Malheureusement, cette protection s'est parfois faite au détriment d'une protection efficace des droits de propriété intellectuelle¹⁹⁶³. Il convient en effet de relever que, contrairement aux actions en nullité de droit, les actions en violation ne produisent pas d'effets *erga omnes*. En effet, ces premières actions, remettant en cause la substance du droit, peuvent conduire à son invalidité, invalidité qui sera, cas échéant, opposable à tous. A

¹⁹⁶¹ Voir not. BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 2-31 CL, n° 12, p. 1801 s. ; JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 21b, p. 919 ; ATF 119 II 66, cons. 2a).

¹⁹⁶² Voir *supra* Chapitre deuxième, V, A, 2, b).

¹⁹⁶³ Kur ANNETTE, Common European Principles, p. 7 s.

contrario, les actions en contrefaçon ne déploient d'effet qu'*inter partes*, soit qu'entre les parties au litige¹⁹⁶⁴. La substance du droit est conservée et, dans la même mesure, la souveraineté territoriale de l'État de protection également.

- 1321 De surcroît, la compétence exclusive du juge de l'État de protection, créée par une application stricte de la territorialité des droits de propriété intellectuelle, va à l'encontre des principes juridictionnels ayant cours actuellement en matière de contrefaçon¹⁹⁶⁵ et est déjà dépassée sur la scène internationale. Certaines règles de conflit de juridictions, telles que le domicile du défendeur, sont en effet déjà en soi extraterritoriales. Elles permettent en effet d'attirer un contrefacteur devant les tribunaux d'un État sur le territoire duquel l'utilisation du droit de propriété intellectuelle est libre ou non, c'est-à-dire indépendamment de la protection ou non de ce droit dans l'État du for¹⁹⁶⁶. Il en va de même des dispositions européennes permettant d'attirer, en cas de consorité, plusieurs défendeurs devant les tribunaux du domicile de l'un d'eux¹⁹⁶⁷.
- 1322 En pratique, certains tribunaux ont déjà fondé leur compétence lors de litiges en contrefaçon de droits étrangers. L'absence de formalités d'enregistrement des droits d'auteur explique peut-être que les tribunaux sont plus enclins à fonder leur compétence lors de litiges relatifs à des droits d'auteur étrangers¹⁹⁶⁸. Toutefois, en matière de propriété industrielle également, certains tribunaux se sont déclarés compétents pour juger de ce type de litiges. Admettre une compétence exclusive de l'État de protection restreindrait en outre l'autonomie de la volonté des parties puisqu'il n'est pas possible de conclure une élection de for lorsque celui-ci est exclusif¹⁹⁶⁹.
- 1323 Si l'approche universaliste nous semble opportune en matière de localisation de l'évènement causal¹⁹⁷⁰, nous pensons que la réponse en lien avec le lieu du résultat dommageable est plus délicate. En effet l'approche universaliste s'inscrit volontiers dans un contexte particulier, un contexte unifié. A l'instar des principes ALI, une telle hypothèse doit être appliquée conjointement aux règles de conflit de lois ainsi qu'aux règles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères soutenant des principes idoines.

¹⁹⁶⁴ Sur cette distinction, voir KUR ANNETTE, *Common European Principles*, p. 10.

¹⁹⁶⁵ Voir à ce sujet, BONET GEORGES, p. 118.

¹⁹⁶⁶ Voir *supra* Chapitre deuxième, V, C.

¹⁹⁶⁷ Art. 6 ch. 1 CL et art. 8 ch. 1 Règlement Bruxelles *Ibis*.

¹⁹⁶⁸ KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, *Ubiquitous copyright infringements*, p. 14.

¹⁹⁶⁹ KUR ANNETTE, *Common European Principles*, p. 8.

¹⁹⁷⁰ Voir *infra* Chapitre quatrième, IV, B, 3, b), iv et *infra* Chapitre quatrième, V, C, 2, a).

iv. Solution retenue : une approche pragmatique du *forum damni*

- 1324 Dans la mesure où la tendance territorialiste reste très marquée, nous pensons qu'une solution qui localiserait le lieu du résultat dommageable hors des frontières de l'État de protection aurait peu de chances de trouver un consensus sur la scène internationale. Nous proposons ainsi une solution qui distingue en la matière le *forum damni* et le *forum acti*. Le *forum damni* (le lieu du résultat dommageable) est localisé au lieu où le droit de propriété intellectuelle est protégé alors que le *forum acti* (le lieu de l'acte) peut être localisé dans un État qui ne protège pas ledit droit¹⁹⁷¹.
- 1325 En droit suisse, la jurisprudence et la doctrine majoritaire estiment qu'un fait dommageable ne peut se situer que dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle¹⁹⁷². Le recouvrement du « lieu où la protection est invoquée » et celui du « lieu de l'acte et du résultat » avait d'ailleurs été expressément consacré dans le message du Conseil fédéral¹⁹⁷³.
- 1326 Il en va de même en droit européen¹⁹⁷⁴. La Cour de justice européenne a conclu dans ces derniers arrêts de principe en la matière que le lieu du résultat était localisé dans l'État de protection¹⁹⁷⁵.
- 1327 En droit américain et, plus généralement dans les pays de tradition de *common law* également, les tribunaux sont peu enclins à fonder leur compétence lorsque le droit de propriété intellectuelle est étranger¹⁹⁷⁶.
- 1328 La localisation du dommage dans l'État de protection peut également s'expliquer d'un point de vue terminologique. Le droit de propriété intellectuelle comporte en effet deux volets : un volet actif et un volet passif. Le premier permet au titulaire

¹⁹⁷¹ Voir *infra* Chapitre quatrième, V, C, 2, a).

¹⁹⁷² ATF 132 III 778, cons. 3. Du même avis, DUCOR PHILIPPE, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 148, p. 1848 ; DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 457 ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 607, p. 240 ; JEGHER GION/VASELLA DAVID, BSK-IPRG, ad art. 109 LDIP, n° 19, p. 98.

¹⁹⁷³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur les brevets, p. 118.

¹⁹⁷⁴ Voir not. BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 352, p. 190 ; KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Kommentar EuGVO, ad art. 5 EuGVO, n° 83a, p. 216 ; METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 258 ; MOURA VICENTE DÁRIO, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 396 ss ; PERRET FRANÇOIS, Territorialité des droits de propriété industrielle, p. 132.

¹⁹⁷⁵ Arrêt *Hejduk, Pinckney et Wintersteiger*, CJUE.

¹⁹⁷⁶ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 892 ; arrêt *Lucasfilm*, EWCA. Dans ce sens, CACHARD OLIVIER, Régulation internationale, p. 12 ; PEUKERT ALEXANDER, Territoriality, p. 193 ; TREPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 80. Voir à ce sujet DINWOODIE GRAME B., The Architecture of IP System, p. 998. Voir *supra* Chapitre deuxième, V, B, 1, a).

d'user de son droit subjectif. Le deuxième représente l'obligation juridique pour toute personne de respecter ce droit. Quant au terme « violation », celui-ci peut signifier soit l'acte constitutif de violation, soit la conséquence de cet acte¹⁹⁷⁷. Dès lors, la violation en tant que conséquence juridique d'un droit subjectif ou d'une obligation juridique ne peut intervenir que par des actes commis sur le territoire qui les protège. En revanche, l'obligation juridique peut être violée par un acte commis à l'étranger¹⁹⁷⁸.

- 1329 Dans ce sens, une violation en tant que conséquence juridique ne peut intervenir que dans l'État qui protège ce droit puisqu'en l'absence de protection supranationale, chaque droit de propriété intellectuelle n'est protégé que sur le territoire de l'État qui l'a concédé¹⁹⁷⁹.
- 1330 Cette solution pragmatique présente l'avantage certain, même si cela n'est pas absolument nécessaire en matière de détermination de la compétence, de permettre une correspondance entre le for et le droit applicable. Appliqué en sus du critère du ciblage, cette solution augmente ainsi sensiblement les chances de succès lors de l'examen au fond du litige.
- 1331 La localisation au lieu de l'État de protection ciblé par le site Internet permet ainsi de consolider la proximité entre les activités menées sur le Web et le for ciblé. En ce sens, si le droit de propriété intellectuelle est protégé dans l'État du for et que le défendeur cible cet État, les liens entre la cause et le for exigés en vue de fonder la compétence des autorités saisies ne peuvent être raisonnablement remis en cause. La prévisibilité des règles de compétence sera ainsi d'autant plus forte.
- 1332 Cette proximité consolidée permettra ainsi au défendeur de pouvoir raisonnablement anticiper une action dans l'État du for et au demandeur de pouvoir demander l'ensemble de la réparation du préjudice au sens de ce qui suit.

c) *Réparation du dommage*

- 1333 Dans une optique européenne et suisse, l'application de l'arrêt *Shevill* de la Cour de justice européenne implique que le demandeur est contraint d'ouvrir action devant les tribunaux de tous les États dans lesquels le résultat dommageable a été

¹⁹⁷⁷ BOUCHE NICOLAS, Le principe de territorialité, n° 346-348, p. 187-189.

¹⁹⁷⁸ Voir *infra* Chapitre quatrième, V, C, 2, a).

¹⁹⁷⁹ LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Immaterialgüterrecht, n° 759, p. 631.

subi pour obtenir la réparation du dommage y relatif. La Cour de justice a réitéré ce principe dans ses arrêts *Pinckney*¹⁹⁸⁰ et *Hejduk*¹⁹⁸¹.

- 1334 L'argument principal soulevé en faveur d'une compétence limitée au dommage subi dans l'État du for se veut pragmatique, visant une meilleure administration du procès¹⁹⁸². Pourtant, la réparation limitée au dommage subi dans l'État du for est loin d'emporter l'unanimité¹⁹⁸³. Une partie de la doctrine a critiqué l'éclatement du contentieux qu'elle engendre. En cause, le fractionnement des compétences et la multiplication des actions¹⁹⁸⁴. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui s'estime lésé devrait en effet ouvrir action dans tous les États dans lesquels un dommage se fait sentir pour obtenir un jugement relatif au dommage subi dans chacun de ces États. Cette situation entraînerait de lourdes conséquences pour le titulaire de droits de propriété intellectuelle en termes de protection efficace de ses droits ainsi qu'en termes de frais judiciaires¹⁹⁸⁵. DUTOIT a d'ailleurs proposé, dans ce sens, de rejeter le principe de la mosaïque de l'arrêt *Shevill*, « dans la perspective d'une bonne administration de la justice qui implique que ne soient pas multipliés à l'excès les procès dans une même affaire. Ainsi, tant le tribunal du lieu de l'acte que ceux des divers lieux du résultat devraient être compétents pour connaître de la totalité du dommage résultant d'un acte illicite commis sur Internet. »¹⁹⁸⁶.
- 1335 Le morcellement des compétences est particulièrement marqué selon le lieu retenu au titre de résultat dommageable. Il sera ainsi total si l'on considère que le lieu du résultat est situé dans chaque État protégeant sur le territoire desquels le site Internet est accessible. *A contrario*, l'importance du fractionnement des compétences est amenuisée par l'application du critère du ciblage. En effet, si l'on considère une localisation à l'endroit ciblé par le site Internet, alors les fors ouverts seront naturellement et quantitativement restreints. Le critère du ciblage évite le morcellement du contentieux et concentre ainsi la procédure en un seul lieu. Il réduit dans ce sens la possibilité de jugements contradictoires.
- 1336 En sus des avantages susmentionnés, la compétence étendue à l'ensemble du dommage évite le délicat calcul du dommage initial circonscrit à un territoire en

¹⁹⁸⁰ Arrêt *Pinckney*, CJUE, cons. 45.

¹⁹⁸¹ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 36.

¹⁹⁸² Voir dans ce sens, KUR ANNETTE, *Common European Principles*, p. 10.

¹⁹⁸³ NUYTS ARNAUD, *Place of Infringement*, p. 122.

¹⁹⁸⁴ Not. DESSEMONTET FRANÇOIS, *Conflits de compétence*, p. 63 ss ; DUTOIT BERNARD, *Actes illicites commis sur Internet*, 163 ; FAWCETT JAMES J./TORREMAN PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 11.159, p. 648 s.

¹⁹⁸⁵ DESSEMONTET FRANÇOIS, *Conflits de compétence*, p. 63.

¹⁹⁸⁶ DUTOIT BERNARD, *Commentaire LDIP*, ad art. 129 LDIP, n° 16, p. 586.

particulier. En effet, au vu de la nature des atteintes à la propriété intellectuelle sur Internet, particulièrement en matière de droit d'auteur, la répartition territoriale du dommage direct qui s'est produit en ligne peut être particulièrement ardue, voire impossible.

- 1337 En dernier lieu, le fait qu'un juge (celui de l'État ciblé) soit compétent pour l'ensemble du dommage limite le risque des actions torpilles. En effet, la concentration du contentieux, soit la concentration des actions formatrices et des actions constatatoires, et notamment en déclaration de non-contrefaçon, retire tout l'attrait d'ouvrir action devant les juridictions d'un for « inapproprié » connu pour sa lenteur judiciaire pour paralyser les droits de l'autre partie et l'empêcher d'ouvrir action au for « approprié ». Le juge de l'État ciblé sera ainsi compétent pour se prononcer sur l'ensemble du dommage éprouvé pour tous les types d'actions en contrefaçon¹⁹⁸⁷.
- 1338 Le fractionnement inutile du contentieux n'a de la sorte plus raison d'être¹⁹⁸⁸. D'autres fors existent déjà et permettent à l'heure actuelle de demander une réparation pour l'ensemble du dommage subi. Le for au lieu du domicile du défendeur et le for au lieu de l'événement causal permettant déjà une réparation globale du préjudice, rien ne s'oppose à ce que le juge saisi au titre de lieu ciblé ne bénéficie de cette même compétence.
- 1339 Une réparation étendue à l'ensemble du dommage subi au titre de lieu du résultat avait de surcroît déjà été admise dans le cadre d'atteintes à la personnalité. La Cour de justice avait en effet considéré le lieu du centre des intérêts de la victime en tant que lieu du résultat dommageable et avait étendu la compétence du juge saisi à l'ensemble du préjudice éprouvé¹⁹⁸⁹. Cette solution avait également été proposée par le groupe de travail *ad hoc* formé dans le cadre de la révision de la Convention de Lugano de 1988. Il avait ainsi été suggéré de donner une compétence relative à l'ensemble du dommage aux tribunaux de l'État où « la partie principale ou une partie décisive du dommage s'est produite »¹⁹⁹⁰. La proposition n'avait toutefois pas été retenue « compte tenu du risque de voir un critère de cette nature souvent donner lieu à des litiges concernant la définition de la partie principale ou décisive du dommage, ce qui obligerait les parties et le

¹⁹⁸⁷ La question des actions torpilles reste toutefois ouverte en ce qui concerne la relation entre les actions portant sur la validité du droit et celles portant sur l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Voir à ce sujet *supra* Chapitre deuxième, IV, C.

¹⁹⁸⁸ Dans ce sens également, BANHOLZER FELIX, *Urheberrechtsverletzungen im Internet*, p. 120 ss ; DUTOIT BERNARD, *Actes illicites commis sur Internet*, p. 163.

¹⁹⁸⁹ Arrêt *eDate*, CJUE, cons. 52.

¹⁹⁹⁰ POCAR FAUSTO, *Rapport explicatif*, p. 15.

tribunal à trancher des questions de fond au stade de la détermination de la compétence »¹⁹⁹¹. Si cette solution a été écartée en raison de la notion de « dommage principal » ou « décisif », elle a néanmoins l'avantage de mettre en lumière une réelle volonté d'éviter le fractionnement du contentieux ainsi que le *forum shopping*¹⁹⁹². En l'occurrence, une balance délicate entre le dommage total et le dommage partiel n'est pas requise par l'application du critère du ciblage.

- 1340 Finalement, nous nous accordons à dire que « [l]'idée qu'un tribunal limite sa juridiction aux frontières du territoire où il siège repose évidemment sur une certaine conception de son imperium. Toutefois, elle néglige une autre conception fondamentale, celle qui veut que la Justice soit au service des citoyens (...) »¹⁹⁹³.
- 1341 Le demandeur doit en conséquence pouvoir demander la réparation de l'entier du dommage résultant de la violation de son droit de propriété intellectuelle au for de l'État ciblé par le site Internet.

d) *Forum non conveniens*

- 1342 Le *forum non conveniens* est une doctrine présente dans les pays de tradition de *common law*. Elle est ainsi appliquée notamment aux États-Unis. En Europe, cette doctrine avait été exclue dans le cadre des instruments de Bruxelles et en conséquence de la Convention de Lugano dans la mesure où elle nuit à l'objectif de prévisibilité des règles de conflit¹⁹⁹⁴. Ces instruments sont en effet axés sur la prévisibilité des règles de compétence, de manière à permettre au défendeur de pouvoir raisonnablement anticiper d'être attiré devant les autorités du for.
- 1343 Nonobstant ce qui précède, en Europe, cette doctrine est utilisée de manière plus ou moins implicite. Dans l'affaire *Bonnier* par exemple, le juge écossais avait retenu que « *if the impact of a website in a particular country is properly regarded as insignificant, no delict has been committed there* »¹⁹⁹⁵. Cet arrêt, qui évoquait clairement la doctrine du *forum non conveniens*, a cependant été rendu hors du cadre d'application du Règlement Bruxelles *Ibis*¹⁹⁹⁶.

¹⁹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹⁹² *Ibidem*.

¹⁹⁹³ DESSEMONTET François, Conflits de compétence, p. 65.

¹⁹⁹⁴ Arrêt *Owusu*, CJCE, cons. 8.

¹⁹⁹⁵ Arrêt *Bonnier*, Court of Session of Scotland, in : ETMR 2002, p. 1065.

¹⁹⁹⁶ EDWARDS LILIAN, Where on earth do things happen in Cyberspace, p. 107.

- 1344 Les Principes ALI ne retiennent pas non plus la doctrine du *forum non conveniens*. La sanction naturelle en cas de non-respect des règles de conflit de juridictions réside dans le fait que la décision ne pourra pas être reconnue à l'étranger¹⁹⁹⁷.
- 1345 Bien que certaines voix militent pour une prise en considération de la doctrine du *forum non conveniens* dans certains cas particuliers, notamment dans les relations entre États membres et non-membres ou si le défendeur lui-même en demande l'application¹⁹⁹⁸, il ne nous semble pas opportun de retenir cette doctrine. Celle-ci amenuiserait les efforts de prévisibilité et de sécurité des règles de conflit. De surcroît, l'adoption des règles telles que prévues dans le présent chapitre tend à refléter au mieux le lien entre le litige et le for, de sorte que ces règles sont présumées « *convenient* ».

V. For de l'évènement causal

A. Cadre général

- 1346 Comme nous avons pu le constater tout au long de notre étude, rares sont les décisions émanant du for au lieu de l'évènement causal. En pratique, les demandeurs sont plus enclins à attirer le défendeur devant les autorités du for du lieu du résultat dommageable. Cette constatation a également été le fruit de l'étude de CHRISTIE de l'Université de Melbourne. Il ressort de l'analyse des litiges réalisée dans le cadre de cette étude que dans la grande majorité des cas, le for choisi était celui du lieu du résultat dès lors que l'objectif du demandeur était de faire cesser une atteinte dans l'État du for¹⁹⁹⁹.
- 1347 Cette constatation peut être expliquée par l'approche territorialiste de la part des tribunaux et de la doctrine.
- 1348 La doctrine s'est finalement montrée mitigée sur l'importance de ce for. Elle lui a ainsi reproché de « manquer de relief » et de servir uniquement à « caractériser, par sa localisation, l'existence ou non d'une contrefaçon à distance »²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁷ DESSEMONTET FRANÇOIS, Les principes de l'*American Law Institute*, p. 294.

¹⁹⁹⁸ BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 2-31 CL, n° 13 ss, p. 1802 s.

¹⁹⁹⁹ CHRISTIE ANDREW, Cross-border Online IP Infringement Disputes, slide 6.

²⁰⁰⁰ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 167.

B. Tendances en matière de localisation

1349 A l'instar de la localisation du lieu du résultat dommageable, la localisation du lieu de l'évènement causal est également protéiforme.

1350 De manière générale, ce critère de rattachement implique de localiser l'acte ayant entraîné le dommage au droit de propriété intellectuelle. En matière d'atteinte commise par le biais d'Internet, cet événement s'est avéré, au fil des décisions, être le lieu de la mise en ligne (a), le lieu dans lequel le serveur est situé (b), et finalement le lieu de l'établissement du contrefacteur (c).

1. Lieu de la mise en ligne

1351 Dans la mesure où l'on considère le lieu de l'évènement causal comme le lieu où le contrefacteur a déployé un comportement ayant entraîné un dommage, alors le lieu de la mise en ligne (*upload*) pourrait être pertinent²⁰⁰¹. Ce lieu correspond à la conception originelle de l'évènement causal. Il représente en effet l'endroit source, soit l'endroit à partir duquel le contenu illicite a été rendu accessible au monde entier et qui a de la sorte entraîné un dommage dans un autre État.

1352 Le lieu de la mise en ligne correspond à l'endroit où le contrefacteur se trouvait physiquement lorsqu'il a mis en ligne le contenu illicite²⁰⁰². Nombreuses sont les interprétations du lieu de l'évènement causal, en matière délictuelle de manière plus générale, qui ont conduit à ce résultat²⁰⁰³.

1353 Il a toutefois été reproché à cette localisation son caractère manipulable. Plusieurs situations peuvent être imaginées. Le contrefacteur pourrait profiter du wifi dans un avion ou dans un train pour commettre son méfait, empêchant de la sorte la localisation du lieu de la mise en ligne. Il pourrait en outre utiliser des moyens techniques pour déjouer les tentatives de localisation²⁰⁰⁴.

²⁰⁰¹ DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, 148 s. ; METZGER Axel, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 259 s.

²⁰⁰² BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 129 LDIP, n° 29, p. 1101 ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 601, p. 239.

²⁰⁰³ BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 129 LDIP, n° 29, p. 1101 ; DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 167 ss ; GILLIÉRON PHILIPPE, Propos attentatoires à l'honneur sur Internet, p. 190 s.

²⁰⁰⁴ DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, 149.

1354 Même si cet inconvénient pourrait être amenuisé par le renversement du fardeau de la preuve²⁰⁰⁵, nous pensons que ce critère est trop hasardeux pour répondre aux objectifs de prévisibilité et de sécurité du droit.

2. Lieu où le serveur est situé

1355 Dans la mesure où le contenu illicite est mis en ligne en utilisant l'espace d'un serveur²⁰⁰⁶, ce dernier pourrait également désigner le lieu de l'évènement causal.

1356 A l'instar du lieu de la mise en ligne, l'inconvénient majeur du lieu où le serveur est situé réside dans le fait qu'il peut être aisément manipulé. La doctrine unanime l'a très justement relevé²⁰⁰⁷. SVANTESSON considère de la sorte que cette localisation est « *naïve and misguided as it quite simply overlooks the very nature of servers* »²⁰⁰⁸. L'auteur salue ainsi la décision de la Cour de justice européenne dans l'arrêt *Wintersteiger*, dans la mesure où celle-ci rejette la localisation au lieu où le serveur est situé²⁰⁰⁹.

1357 En principe, la localisation du serveur sur lequel se trouve leur site Internet importe peu aux fournisseurs de contenu²⁰¹⁰. Et dans les cas où ceux-ci souhaiteraient en avoir connaissance, les connaissances techniques nécessaires peuvent faire défaut. Il y a de la sorte de fortes probabilités pour que les fournisseurs de contenu ne connaissent pas l'emplacement du serveur qu'ils utilisent et que cette localisation échappe de la sorte à leur maîtrise²⁰¹¹.

²⁰⁰⁵ Proposition avancée par DUTOIT BERNARD, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, p. 167, et note de bas de page 263.

²⁰⁰⁶ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.06, p. 535 s., et les références citées.

²⁰⁰⁷ FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, *Intellectual Property and Private International Law*, n° 10.60, p. 553 ; HYE-KNUDSEN REBEKKA, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen*, p. 97 ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, *Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?*, p. 111 s. ; METZGER AXEL, *Intellectual Property Infringements on the Internet*, p. 259 ; KUR ANNETTE, *CLIP Commentary*, ad art. 2 : 203, p. 88. Voir également DESSEMONTET FRANÇOIS, *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, p. 54 s., qui examine le critère de rattachement du lieu de chargement sous l'angle du droit applicable.

²⁰⁰⁸ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 468.

²⁰⁰⁹ SVANTESSON DAN JERKER BÖRJE, *Private International Law*, p. 468 s., se référant à l'arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 36.

²⁰¹⁰ GINSBURG JANE C., *Réseaux numériques*, p. 7.

²⁰¹¹ DUTOIT BERNARD, *Actes illicites commis sur Internet*, p. 149.

- 1358 La localisation au lieu où le serveur est situé au titre de for de l'évènement causal nuirait en outre au principe de prévisibilité des règles de conflit de juridictions spéciales eu égard à son caractère manipulable et à sa localisation incertaine²⁰¹².

3. For au lieu de l'établissement ou du siège du contrefacteur

- 1359 La localisation au lieu de l'établissement du contrefacteur est peut-être la proposition la plus sérieusement envisageable dans la mesure où elle permet de pallier la nature fortuite du lieu où le serveur est situé et du lieu de la mise en ligne²⁰¹³.
- 1360 Dans son récent arrêt *Hejduk*, la Cour de justice européenne avait de la sorte localisé l'évènement causal au « lieu où se trouve le siège d'EnergieAgentur [le contrefacteur allégué], dès lors que cette dernière y a pris et exécuté la décision de mettre en ligne des photographies sur un site Internet déterminé »²⁰¹⁴. Le lieu de l'établissement ou le siège du contrefacteur représente en principe l'endroit à partir duquel le déclenchement du processus d'affichage s'est produit²⁰¹⁵. Il est en effet aisément imaginable que le contrefacteur mette en ligne le contenu souhaité et ainsi déclenche le processus d'affichage à son lieu d'établissement.
- 1361 Cette localisation semble correspondre en outre à la jurisprudence suisse qui avait retenu le lieu à partir duquel le texte est envoyé²⁰¹⁶ ainsi que le siège du défendeur ou le siège de la société qui a réservé le nom de domaine²⁰¹⁷.

a) Notions

- 1362 En vue d'examiner l'adéquation du for au lieu de l'établissement ou du siège du contrefacteur, il convient de définir les notions d'« établissement » et de « siège ».

i. Personnes morales

- 1363 Les termes d'« établissement » ou de « siège » font référence à certaines facettes du domicile des sociétés.

²⁰¹² Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 36.

²⁰¹³ DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, 162.

²⁰¹⁴ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 25 se référant en outre à l'arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 37 s.

²⁰¹⁵ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 24.

²⁰¹⁶ ATF 133 III 282.

²⁰¹⁷ Arrêt du *Kantonsgericht Graubünden* du 4 mai 2009, ZFE-08-3.

- 1364 Dans son arrêt *Hejduk*, la Cour de justice n'a pas explicité la notion utilisée, elle s'est contentée de localiser l'évènement causal au lieu où « se trouve le siège d'EnergieAgentur, dès lors que cette dernière y a pris et exécuté la décision de mettre en ligne des photographies sur un site Internet déterminé »²⁰¹⁸. Dans un arrêt précédent, la Cour de justice avait localisé l'évènement causal au lieu de « l'établissement de l'annonceur »²⁰¹⁹, sans donner d'autres informations relatives au terme utilisé. Celui-ci désigne-t-il l'établissement principal ou pourrait-il également désigner d'autres établissements si la société en possède plusieurs ?
- 1365 Si dans les circonstances du cas *Hejduk*, cette localisation paraît adéquate, il est tout à fait possible qu'une société possède un siège et un ou même plusieurs établissement(s) dans des États différents. Dans une situation complexe, il est envisageable que ces lieux diffèrent encore de l'administration centrale de la société²⁰²⁰. Quel critère retenir ?
- 1366 Le domicile des personnes morales est défini à l'art. 63 Règlement Bruxelles *Ibis* et à l'art. 60 CL pour les litiges entrant dans le champ d'application de ces instruments. Est également désigné comme le domicile d'une personne morale en vertu de ces règles, outre son siège ou son principal établissement, son administration centrale. En droit suisse, par exemple, il a été considéré, au sujet du domicile d'une personne morale, que « 'le siège statutaire' découle des statuts de la société, que 'l'administration centrale' est celle où se prennent les décisions et où se trouve la direction d'exploitation de la société ou d'autres personnes morales – soit en règle générale au siège de ses organes – et que 'l'établissement principal' est celui où se déroule en pratique l'activité essentielle de la société, c'est-à-dire le lieu où se concentrent son personnel et ses ressources matérielles »²⁰²¹.
- 1367 La Directive européenne sur le commerce électronique donne également des informations utiles en vue de définir l'établissement d'une société²⁰²². Selon cette directive, « [l]e lieu d'établissement d'un prestataire (...) implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une

²⁰¹⁸ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 24.

²⁰¹⁹ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 37. Dans cet arrêt, la Cour de justice avait assimilé l'annonceur au contrefacteur, car « [l]e fait générateur d'une atteinte éventuelle au droit des marques réside (...) dans le comportement de l'annonceur ayant recours au service de référencement pour sa propre communication commerciale » (cons. 35).

²⁰²⁰ Au sens des art. 63 al. 1 Règlement Bruxelles *Ibis* et 60 al. 1 CL.

²⁰²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message CL, p. 1522.

²⁰²² Voir à ce sujet, KESSEDJIAN CATHERINE, Les échanges de données informatisées, p. 11.

durée indéterminée. (...). Le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique »²⁰²³. Et la directive d'ajouter que « [d]ans le cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est presté. Dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique »²⁰²⁴. Ces considérations mettent en exergue le rôle des activités menées par les sociétés.

- 1368 L'élément principal permettant la localisation du lieu de l'évènement causal au sens de la jurisprudence de la Cour de justice européenne se situe au niveau des activités du contrefacteur. Ce sont ces activités qui ont permis à la Cour de justice de localiser la décision de mettre en ligne le contenu litigieux à l'établissement ou au siège de la personne morale.
- 1369 Reste à déterminer, dans le cas d'activités cybernétiques, si l'accent doit être mis sur l'endroit où la décision de mettre en ligne a été prise ou sur l'endroit où le contenu a effectivement été mis en ligne. On pourrait imaginer une situation dans laquelle la décision de proposer des chansons en *streaming* a été prise au siège de la société, dans l'État A, et la concrétisation du projet, soit la mise à disposition en ligne des chansons, s'est réalisée dans l'établissement de la société situé dans le pays B. Où localiser l'évènement causal : au siège de la société dans le pays A en tant que lieu de la prise de décision, ou dans l'établissement de cette même société dans le pays B, en tant que lieu de mise en ligne ?
- 1370 Pour l'instant, la Cour de justice semble favoriser le lieu où la décision a été prise. Dans l'affaire *Wintersteiger*, le lieu où la décision du déclenchement du processus d'affichage a été prise a en effet été considéré comme l'élément déterminant²⁰²⁵. Dans l'affaire *Pinckney*, l'avocat général s'est également basé sur le lieu de la prise de décision²⁰²⁶. Selon lui, la localisation de l'évènement causal désignait le « lieu d'établissement des contrefacteurs présumés en tant que lieu où l'offre en ligne des CD – pour l'acte de distribution – ou bien la mise en ligne des chansons

²⁰²³ Considérant 19 de la Directive européenne sur le commerce électronique.

²⁰²⁴ *Ibidem*.

²⁰²⁵ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 37.

²⁰²⁶ Pour rappel et contrairement à l'avocat général, la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur la localisation du lieu de l'évènement causal dans son arrêt *Pinckey*. La Cour de justice s'est limitée à relever que ce lieu ne se situait pas dans le ressort des juridictions toulousaines (cons. 29).

(‘upload’) – pour l’acte de communication – a été décidée »²⁰²⁷, étant entendu que, dans cette affaire, la société défenderesse avait pressé les CD à son siège en Autriche, mais que lesdites chansons avaient été proposées sur un site Internet par des sociétés britanniques. Il aurait été intéressant d’observer quelle aurait été la conclusion de l’avocat général si les chansons avaient été mises en ligne, non pas par des sociétés tierces, mais par un établissement anglais de la société défenderesse. Dans l’arrêt *Hejduk* pourtant, la Cour de justice a considéré que l’évènement causal devait être considéré comme « le déclenchement du processus technique d’affichage des photographies sur ledit site Internet »²⁰²⁸, tout en mentionnant par la suite que le lieu de la prise de décision et celui de la mise en ligne étaient tous deux des éléments pertinents²⁰²⁹. À noter toutefois que la localisation de ces deux éléments coïncidait dans le cas d’espèce.

1371 Finalement, si l’évènement causal localisé au lieu de l’établissement ou au siège du contrefacteur, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, est justifié, les notions d’« établissement » et de « siège » n’ont toutefois pas été définies et peuvent présenter à leur tour, dans certains cas d’espèce, des difficultés d’interprétation. Certaines questions restent ainsi en suspens, notamment lorsque la société défenderesse possède plusieurs établissements, d’une part, et lorsque le lieu de la prise de décision et le lieu l’exécution de cette décision diffèrent d’autre part.

ii. Personnes physiques

1372 La notion d’établissement ou de domicile des personnes physiques ne fait pas l’objet d’une qualification autonome dans les instruments européens. Pour déterminer le domicile du défendeur, les art. 62 Règlement Bruxelles *Ibis* et 59 CL renvoient aux lois internes des États.

1373 En droit suisse, l’établissement est un des critères de rattachement, au même titre que le lieu de l’acte ou du résultat dommageable prévu par l’art. 109 al. 2 LDIP²⁰³⁰. En vertu de cette disposition, les tribunaux suisses de l’établissement d’une personne sont ainsi compétents pour connaître de toute

²⁰²⁷ Conclusions de l’avocat général NILO JÄÄSKINEN, présentées le 13 juin 2013 dans l’affaire *Pinckney*, CJUE, cons. 57. Pour rappel, la Cour de justice ne s’était pas prononcée sur la localisation du lieu de l’évènement causal, mais uniquement sur le lieu du résultat dommageable.

²⁰²⁸ Arrêt *Hejduk*, CJUE, cons. 24

²⁰²⁹ *Idem*, cons. 25.

²⁰³⁰ Voir *supra* Chapitre deuxième, IV, B, 2, c), i, d).

action relative aux activités de l'établissement. Le litige doit ainsi être en lien avec l'activité exercée par l'établissement.

1374 A l'instar du domicile ou de la résidence, la notion d'établissement est une question de « pur fait »²⁰³¹. En ce qui concerne les personnes physiques, l'art. 20 al. 1 let. c LDIP dispose qu'une personne physique « a son établissement dans l'État dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales »²⁰³². Les activités professionnelles ou commerciales d'une personne désignent en conséquence le lieu de son établissement²⁰³³.

1375 Par activités professionnelles ou commerciales, on entend tous les types d'activités rémunérées, respectivement les activités liées aux affaires qu'une personne mène de « façon suffisamment durable », ces dernières pouvant être représentées par des infrastructures telles que des bureaux ou des locaux de manière générale²⁰³⁴.

1376 De la même manière qu'une société peut avoir plusieurs établissements, on pourrait imaginer qu'une personne physique possède plusieurs établissements, soit qu'elle exerce des activités professionnelles dans plusieurs États. Dans ce cas d'espèce, la lettre de l'art. 20 al. 1 let. c LDIP, mentionne que l'établissement est celui de l'État dans lequel la personne a le centre de ses activités professionnelles. Dans une telle circonstance, il convient de retenir l'État dans lequel se situe l'activité « qui est la plus représentative de la présence de la personne concernée quant à l'exercice de sa profession ou de son commerce »²⁰³⁵.

1377 Finalement, il convient de relever que la question du choix entre le lieu où la décision de mettre en ligne a été prise et le lieu où le contenu litigieux a effectivement été mis en ligne, lorsque ces deux lieux diffèrent, reste ouverte et mériterait également, à l'instar de l'établissement d'une personne morale, d'être éclaircie.

b) Avantages

1378 La localisation au lieu de l'établissement présente ainsi l'avantage d'être extérieure au réseau²⁰³⁶. Si cet avantage permet de limiter la manipulation des

²⁰³¹ BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 20 CL, n° 39, p. 299.

²⁰³² Art. 20 al. 1 let. c LDIP.

²⁰³³ PLANAS AURÉLIE, Atteintes transfrontalières à l'environnement, p. 106.

²⁰³⁴ DUTOIT BERNARD, Commentaire LDIP, ad art. 20 LDIP, n° 8, p. 119, et les références citées.

²⁰³⁵ BUCHER ANDREAS, Commentaire romand, ad art. 20 CL, n° 40, p. 299.

²⁰³⁶ TREPPOZ EDOUARD, Les litiges internationaux, p. 88.

critères de rattachement, celle-ci n'est pas pour autant totalement exclue. Rien n'empêche en effet un contrefacteur de choisir de s'établir dans un paradis numérique²⁰³⁷.

1379 Ce critère de rattachement permet en outre une proximité entre la cause et le for²⁰³⁸. Le for au lieu d'établissement du contrefacteur entretient des liens étroits avec la cause, dans la mesure où il représente le lieu d'émission du contenu litigieux²⁰³⁹.

c) Inconvénients

i. Identité avec le lieu de la mise en ligne ?

1380 La localisation de l'événement causal au lieu de l'établissement du contrefacteur est parfaitement adéquate lorsque la mise en ligne y a été décidée ou effectuée.

1381 Cette localisation perd en revanche de sa pertinence lorsque le lieu de la mise en ligne est situé dans un autre endroit que l'établissement du contrefacteur²⁰⁴⁰. Une telle situation se produirait lorsque l'opérateur met en ligne un contenu lors d'un déplacement à l'étranger, par exemple, ou alors dans un moyen de transport, tel qu'un avion, un train ou une voiture. Le lieu de la conception du site Internet et le lieu de son développement peuvent en outre être distincts²⁰⁴¹.

1382 Dans la mesure où le cas de figure susmentionné relève plus de l'exception, la règle générale reste apte à atteindre le but visé.

ii. Identité avec le for du domicile du défendeur

1383 Un autre inconvénient lié à ce critère de rattachement réside dans son identité potentielle avec le for au domicile du défendeur.

²⁰³⁷ ANCEL MARIE-ÉLODIE, Juge de la contrefaçon, p. 167.

²⁰³⁸ DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, p. 162.

²⁰³⁹ LUCAS ANDRÉ, Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques, p. 23.

²⁰⁴⁰ Dans ce sens, FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 10.60, p. 553 ; KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé, n° 546e, p. 298, Moura Vicente Dário, La propriété intellectuelle en droit international privé, p. 400.

²⁰⁴¹ KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, Droit international privé, n° 546e, p. 298.

- 1384 L'identité est d'autant plus flagrante pour les personnes morales que le principal établissement représente un des domiciles possibles au sens des instruments européens.
- 1385 En droits européen et suisse, le for spécial au lieu où le fait dommageable s'est produit n'est ouvert que s'il se situe dans un autre État que celui de domicile du défendeur. Lorsque l'interprétation du lieu de l'évènement causal en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet conduit à localiser ce lieu à l'établissement du défendeur, le risque est important que ce for ne puisse être ouvert et qu'il soit ainsi inefficace.

C. Solution proposée

1. Lieu où le défendeur a agi de façon substantielle

- 1386 Les interprétations jurisprudentielles et doctrinales présentent toutes, à des degrés différents, des solutions adéquates en termes de localisation du lieu de l'évènement causal.
- 1387 Nous pensons toutefois que le caractère manipulable du lieu de la mise en ligne ainsi que du lieu où est situé le serveur présentent une nature trop hasardeuse pour qu'un for en ces lieux soit élevé au rang de règle générale et réponde aux objectifs de prévisibilité. Quant au for au lieu de l'établissement du contrefacteur, celui-ci ne présente d'intérêt que dans les rares cas où une personne physique réside dans l'État A mais mène des activités dans un autre État B, créant de la sorte un établissement dans cet État B.
- 1388 Lorsqu'aucune interprétation ne permet de dégager une règle, il convient de se retourner vers les fondements de celle-ci. La *ratio legis* des règles de conflit de juridictions se concentre sur les activités ayant abouti à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Ce sont ces actes qui assurent une bonne administration de la justice dans la mesure où ils présentent la proximité nécessaire avec le for²⁰⁴².
- 1389 Les principes ALI retiennent de la sorte qu'un défendeur peut être attiré dans un autre État que celui de sa résidence s'il y « a agi de manière significative, ou commis des actes préparatoires significatifs, en vue d'entreprendre ou de poursuivre la violation alléguée de droits de propriété intellectuelle »²⁰⁴³. Alors

²⁰⁴² Dans ce sens également, KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE/OTHENIN-GIRARD SIMON, *Droit international privé*, n° 546e, p. 298.

²⁰⁴³ Sec. 204 (1) Principes ALI.

que les Principes ALI retiennent une approche basée sur l'arrêt *Shevill, a contrario*, les principes CLIP ne retiennent pas le for au lieu de l'évènement causal en tant que tel, ou, tout au plus, le localisent-ils dans l'État de protection²⁰⁴⁴. Selon les Principes CLIP, il n'y a en effet pas lieu de faire une distinction entre « l'acte » et les « effets » lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence internationale en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle²⁰⁴⁵.

- 1390 Cette règle, issue des Principes ALI, nous paraît être une bonne solution. Nous pensons que le critère du lieu où le défendeur a agi de façon significative offre une latitude suffisante pour désigner de manière idoine l'endroit à partir duquel le dommage s'est réalisé, et ceci malgré la composante virtuelle d'Internet.
- 1391 Les actes considérés dans cette règle sont externes aux activités cybernétiques. En ceci, le critère permet de pallier la nature aléatoire et hasardeuse de ces activités virtuelles. De surcroît, les activités doivent être significatives en vue d'exclure un lien purement fortuit avec le for. A titre d'exemple, une personne agit de manière significative dans un État, si elle y exploite un site Web²⁰⁴⁶ ou y utilise un serveur pour diffuser à grande échelle un contenu protégé²⁰⁴⁷, par exemple.
- 1392 En fonction des circonstances, cette localisation peut coïncider avec le lieu de la mise en ligne si le défendeur a agi dans cet État de façon substantielle, par exemple en exploitant un site Internet depuis cet État. Cette localisation peut en outre coïncider avec l'établissement et/ou le domicile du défendeur si c'est à cet endroit qu'il a agi de manière significative. Cette règle permet ainsi de couvrir l'éventualité où une personne physique réside et possède un établissement dans un autre État. Le demandeur pourra ainsi attirer le défendeur dans un État différent de celui où il réside, sur la base des activités menées par le défendeur dans cet État.
- 1393 Contrairement à l'établissement du contrefacteur, ce critère ne désigne pas un for certain. Il requiert du juge d'examiner si, dans le cas d'espèce, le défendeur a bel et bien agi d'une façon importante dans l'État du for. Le pouvoir d'appréciation du juge de l'évènement causal est volontairement large en vue de couvrir le plus d'hypothèses possibles.
- 1394 Nous pensons en outre que le critère lié à l'importance de l'activité ne demande pas d'investigations trop poussées s'il est contesté par le défendeur.

²⁰⁴⁴ Art. 2 : 202 Principes CLIP.

²⁰⁴⁵ KUR ANNETTE, CLIP Commentary, ad art. 2 : 202, p. 80.

²⁰⁴⁶ DESSEMONTET FRANÇOIS, Les principes de l'*American Law Institute*, p. 293.

²⁰⁴⁷ DREYFUSS ROCHELLE, The American Law Institute Project, p. 19.

Contrairement à la notion de « dommage décisif », proposée lors de la révision de la Convention de Lugano²⁰⁴⁸ et qui implique, cas échéant, un examen plus approfondi, il suffit ici que les actes soient suffisants pour garantir une proximité avec le for. Les actes ne doivent pas être décisifs, mais uniquement importants, dans le sens qu'ils impliquent une connexion avec le for.

- 1395 Le lieu de l'évènement causal représente le lieu à l'origine du dommage éprouvé. Il présente ainsi, dans l'absolu, une proximité avec la cause. Ce lieu entretient des liens étroits avec le litige, lesquels justifient un for international.

2. Application du critère

a) *Forum acti et forum protectionis*

- 1396 A l'inverse du *forum damni*²⁰⁴⁹, nous pensons, que le *forum acti* peut être localisé dans un autre État que celui de protection. Le principe de territorialité ne s'oppose pas à ce qu'un acte commis à l'étranger entraîne un dommage dans l'État de protection. Le *forum acti* n'est ainsi pas équivalent au *forum protectionis*.

- 1397 Comme l'a relevé la Cour de justice européenne dans son arrêt *Wintersteiger*, « la limitation territoriale de la protection nationale n'est pas de nature à exclure la compétence internationale des juridictions autres que celles de l'État membre dans lequel ladite marque est enregistrée »²⁰⁵⁰. Cette conception a en outre de nombreux soutiens sur la scène internationale²⁰⁵¹.

- 1398 Le demandeur doit pouvoir agir devant les tribunaux du lieu où le défendeur a déployé des activités ayant abouti à l'atteinte alléguée, en tant que « lieu source ». Cette source ne doit pas être restreinte géographiquement à l'État de protection sous peine de limiter la protection du demandeur et de créer une compétence

²⁰⁴⁸ POCAR FAUSTO, Rapport explicatif, p. 14 s.

²⁰⁴⁹ Voir *supra* Chapitre quatrième, IV, B, 3, b), iv.

²⁰⁵⁰ Arrêt *Wintersteiger*, CJUE, cons. 30, au sujet toutefois de la localisation de l'évènement causal.

²⁰⁵¹ Voir not. BONOMI ANDREA, Commentaire romand, ad art. 5 CL, n° 108, p. 1839 ; CHERPILLOD IVAN, Droit des marques et Internet, p. 125 ; DUTOIT BERNARD, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, p. 181 ; FAWCETT JAMES J./TORREMANS PAUL, Intellectual Property and Private International Law, n° 5.66, p. 163 ; HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., BSK-LugÜ, ad art. 5 CL, n° 605-608, p. 240 s. ; KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ?, p. 114 ; LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, Deliktzuständigkeit, p. 218 ss ; NUYTS ARNAUD, Place of Infringement, p. 114 ss ; PERTEGÁS SENDER MARTA, Cross-border Enforcement of Patent Rights, n° 2.25, p. 25 ; RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 132 ss ; SCHLOSSER PETER, Rapport, n° 78 ; VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Rechtsprechung 2006, p. 533 s.

exclusive en faveur des tribunaux du *forum protectionis*. Il a de la sorte été avancé que lorsqu'un juge qui se déclare exclusivement compétent pour connaître d'un litige relatif à la contrefaçon d'un brevet français par une société suisse, cela « ne se justifie pas sur le plan des principes et complique inutilement sur le plan pratique l'exécution de la décision française dans le pays où la contrefaçon a été commise »²⁰⁵².

- 1399 Pour rappel, cette vision est toutefois contestée par une partie de la doctrine qui rejette l'idée d'une compétence extraterritoriale²⁰⁵³. Cette position territorialiste est également celle consacrée par les Principes CLIP. METZGER a ainsi relevé, à l'appui de cette approche, que « *there should be no doubt that in intellectual property cases the activity giving rise to the infringement must be located in a country where the intellectual property right exists to meet the requirements of the 'forum delicti' rule* »²⁰⁵⁴. En raison du principe de territorialité, il ne pourrait y avoir de contrefaçon en dehors de l'État de protection, de sorte qu'aucun acte ne pourrait constituer un événement causal puisqu'il n'y a justement ni protection ni atteinte dans cet État²⁰⁵⁵.
- 1400 Pour les raisons qui ont déjà été abordées, nous pensons qu'une approche universaliste s'impose. Nous nous accordons à dire que « [c]e qui est déterminant (...) est le fait que l'acte ait matériellement eu lieu dans la circonscription judiciaire du tribunal devant lequel la demande est pendante, peu importe que cette violation y soit autorisée ou non »²⁰⁵⁶. Ainsi, « *[t]he interests of justice and convenience are better served by admitting that a local jurisdiction can enforce rights defined by foreign law* »²⁰⁵⁷.
- 1401 Le principe de territorialité tend à perdre de sa légitimité, à tout le moins dans son rapport au droit international privé. Les différentes décisions des tribunaux sur la scène internationale illustrent cette tendance qui est la bienvenue²⁰⁵⁸. En ce sens, les tribunaux du lieu où le défendeur a agi de manière significative doivent ainsi être compétents pour se prononcer sur un litige, et ceci peu importe que le droit de propriété intellectuelle y soit protégé ou non.

²⁰⁵² BONET GEORGES, p. 118, au sujet d'une décision du Tribunal de grande instance de Paris.

²⁰⁵³ Voir *supra* Chapitre deuxième, V, B, 1.

²⁰⁵⁴ METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 258.

²⁰⁵⁵ HEINZE CHRISTIAN, International Enforcement p. 63 ss ; METZGER AXEL, Intellectual Property Infringements on the Internet, p. 258.

²⁰⁵⁶ RÉTORNAZ VALENTIN, Note ATF 132 III 778, p. 134.

²⁰⁵⁷ PERTEGÁS SENDER MARTA, Cross-border Enforcement of Patent Rights, n° 2.25, p. 25.

²⁰⁵⁸ Dans ce sens, DUTOIT BERNARD, Actes illicites commis sur Internet, p. 163.

b) Réparation du dommage

- 1402 Dans la droite ligne de l'arrêt *Shevill*, et dans la mesure où la réparation étendue à l'ensemble du dommage éprouvé est internationalement admise au for de l'évènement causal, ce principe doit être maintenu.
- 1403 Le demandeur doit ainsi pouvoir attirer le défendeur au lieu où il a agi de manière significative pour l'ensemble du préjudice qu'il a subi.

VI. Questions connexes

A. Compétence internationale et interne

- 1404 La compétence spéciale, telle que nous venons de la déterminer, désignant alternativement les tribunaux de l'État ciblé et les tribunaux de l'État dans lequel le défendeur a agi de façon substantielle, donne une compétence dite « internationale ». Elle détermine l'État compétent mais non les tribunaux compétents à l'intérieur de cet État.
- 1405 En droit européen et suisse, les règles de compétence prévues par l'art. 7 Règlement Bruxelles *Ibis* et l'art. 5 ch. 3 CL sont toutefois considérées comme des règles de compétence internationale et interne, car elles désignent non seulement l'État compétent, mais également les tribunaux *ratione loci* à l'intérieur de cet État.
- 1406 Pour le lieu de l'évènement causal, le lieu où le défendeur a agi de façon substantielle permet tant une compétence internationale qu'interne. Les tribunaux compétents seront ceux de l'État et du lieu où ces actes ont été perpétrés.
- 1407 Il en va toutefois différemment de la localisation du lieu ciblé. Si la composante internationale des règles de conflit de juridictions est aisément identifiable lors de litiges commis par le biais d'Internet, la composante interne est sujette à caution. Il est en effet difficile de déterminer quel endroit un site Internet cible particulièrement à l'intérieur d'un État.
- 1408 En principe, les critères qui fondent la compétence internationale doivent être les mêmes que ceux qui fondent la compétence interne. Il convient ainsi, dans un premier lieu, de déterminer si le site Internet cible un lieu en particulier. On pourrait ainsi imaginer un site Internet contrevenant à une marque enregistrée en Suisse et qui propose la langue romanche (en sus de la langue principale anglaise) comme langue de navigation. Cette hypothèse pourrait constituer un indice de ciblage envers les résidents du Canton des Grisons par exemple.

- 1409 Lorsque le site Internet ne cible aucun lieu précis, quels sont les critères permettant de fonder la compétence interne des tribunaux ? De manière générale, les tribunaux cherchent à fonder leur compétence sur un lien particulier avec le for. En l'occurrence, ce lien peut être de toute nature. Ainsi un achat effectué sur un site Internet pourrait fonder la compétence interne des tribunaux du for²⁰⁵⁹.
- 1410 En l'absence de tout autre lien particulier avec le for, il convient finalement de retenir que les activités menées sur le Web ciblent indistinctement tous les endroits de l'État en question. Ainsi tous les tribunaux de l'État ciblé pourraient fonder leur compétence internationale et interne. Il reviendrait ainsi au demandeur de choisir lequel de ces tribunaux il souhaite saisir. C'est cette solution qui a été retenue par la Cour de justice genevoise²⁰⁶⁰. Dans un autre arrêt, et sur la base d'une disposition légale abrogée dans l'intervalle²⁰⁶¹, un tribunal avait fondé sa compétence sur la simple accessibilité du site Internet dans le canton de Lucerne²⁰⁶².
- 1411 Il convient en dernier lieu de réserver les compétences exclusives prévues par les règles internes de chaque État. C'est le cas, par exemple, des marques de l'Union européenne, des brevets de l'Union européenne ainsi que des dessins ou modèles européens pour lesquels il existe des règles particulières relatives à la compétence interne²⁰⁶³. En Suisse, on relèvera que le Tribunal fédéral des brevets, situé à Saint-Gall, est compétent *ratione loci* pour se prononcer sur les litiges en contrefaçon²⁰⁶⁴.

B. Relation avec le droit applicable et la reconnaissance

- 1412 Les règles de conflit de juridictions sont étroitement liées aux règles de conflit de lois ainsi qu'aux règles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères. Ces règles de conflit, au sens large, permettent la coordination des systèmes juridiques et assurent ainsi la sécurité du droit. Une règle de conflit de juridictions efficiente perd de son efficacité si le droit applicable n'est pas prévisible, puisque la

²⁰⁵⁹ C'est sur cet élément qu'un tribunal zurichois a retenu sa compétence : arrêt de l'*Obergericht Zurich* du 2 décembre 2011 n. p., LK110002, cons. III. 1.

²⁰⁶⁰ Arrêt de la Cour de justice de Genève du 26 mars 2015, n° C/26345/2014, JCJA/335/2015, cons. 1.1 s. Dans cette affaire, la Cour genevoise avait admis sa compétence *ratione loci* sur la seule base du choix du demandeur qui avait ouvert action devant les autorités genevoises. Aucun critère supplémentaire ne liait l'affaire au canton de Genève en particulier.

²⁰⁶¹ Art. 25 aLFors.

²⁰⁶² Arrêt de l'(ancien) *Obergericht Luzern* du 8 juillet 2004, LGVE 2004 I Nr. 35, cons. 4.2.

²⁰⁶³ Voir *supra* Chapitre deuxième, III, B, 3.

²⁰⁶⁴ Art. 26 let. a LTFB.

situation aboutira de la sorte à une insécurité juridique. De la même manière, une compétence extraterritoriale sera vidée de sa substance si la décision ne peut être reconnue à l'étranger. Pour des raisons de concision, la présente étude ne porte pas sur les règles de conflit de lois et sur les règles de reconnaissance des décisions étrangères. Il est néanmoins intéressant de formuler de très brèves remarques relatives à la relation entre les règles de conflit de juridictions que nous avons étudiées et le droit applicable (1) et la reconnaissance (2), ceci dans le cadre restreint de la présente proposition.

1. Droit applicable

- 1413 Les fors proposés dans la présente étude permettent la réparation de l'ensemble du dommage subi, soit, lors de dommages plurilocalisés, la réparation des dommages subis dans chaque État.
- 1414 Le juge compétent devra dans un deuxième temps déterminer la loi applicable. En principe, la loi applicable sera celle de l'État de protection²⁰⁶⁵. Si les prétentions du demandeur reposent sur plusieurs droits étrangers, il peut être amené, potentiellement, à appliquer la loi de chaque État pour lequel la protection est revendiquée²⁰⁶⁶.
- 1415 Selon les circonstances, ces lois peuvent être particulièrement nombreuses, ce qui impliquera pour le demandeur de plaider à l'aune de plusieurs droits²⁰⁶⁷. Cette éventualité peut présenter un frein à l'acceptation de compétence pour certains tribunaux²⁰⁶⁸.
- 1416 Les Principes CLIP retiennent ainsi l'application d'un droit unique dans les litiges relatifs aux atteintes ubiquitaires (« *ubiquitous infringement* »)²⁰⁶⁹. Les Principes ALI expriment la même inquiétude en matière d'atteintes ubiquitaires²⁰⁷⁰. DESSEMONTET a résumé l'approche des Principes ALI en mentionnant que,

²⁰⁶⁵ Voir *supra* Chapitre deuxième, V, A, 2, a). Voir également DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé, p. 53.

²⁰⁶⁶ L'art. 8 al. 1 du Règlement Rome II dispose par ex. que « [l]a 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 ». Voir à ce sujet KONO TOSHIYUKI/JURČYS PAULIUS, *Ubiquitous copyright infringements*, p. 14.

²⁰⁶⁷ PEUKERT ALEXANDER, CLIP Commentary, préambule, p. 29.

²⁰⁶⁸ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 903.

²⁰⁶⁹ Art. 3 : 306 Principes CLIP. Selon cette disposition, la loi unique est celle qui entretient les liens les plus étroits avec l'atteinte (Art. 3 : 306 (1)), en fonction de facteurs relevant listés (Art. 3 : 306 (2)).

²⁰⁷⁰ Sec. 321 Principes ALI.

« [l]orsqu'une violation se fait en de nombreux endroits simultanément, comme c'est le cas sur Internet, le juge peut choisir le droit commun aux parties, ou un autre droit avec lequel le cas est plus étroitement connecté, compte tenu aussi des activités et des investissements en cause ainsi que des marchés principaux vers lesquels s'orientent les parties »²⁰⁷¹.

- 1417 Une solution quelque peu utopique se trouverait dans une application extraterritoriale des lois relatives à la propriété intellectuelle qui permettrait ainsi d'appréhender un comportement à l'étranger²⁰⁷². Des droits de propriété intellectuelle d'envergure internationale pourraient également être envisagés²⁰⁷³. Malheureusement, en l'état actuel, de telles solutions semblent bien éloignées.
- 1418 Bien que l'examen du droit applicable sorte largement du cadre de la présente étude, nous soutenons l'idée qu'un droit unique devrait régir les litiges en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet.

2. Reconnaissance

- 1419 Dépassant également le cadre de la présente étude, les règles de reconnaissance ne sont pas moins importantes lors de litiges transfrontaliers. Nous nous limiterons ainsi à quelques (très) brèves considérations y relatives.
- 1420 Dans un objectif supérieur de protection des droits de propriété intellectuelle, les règles de conflit de juridictions doivent être accompagnées de règles relatives à la reconnaissance des décisions étrangères. En effet l'efficacité des règles de conflits harmonisées serait sans effet si le demandeur ne pouvait pas obtenir la reconnaissance de la décision dans les États concernés²⁰⁷⁴. Un demandeur ayant obtenu gain de cause devant les juridictions américaines doit en effet pouvoir faire reconnaître et « *exequaturer* » la décision américaine en Suisse, par exemple, afin de faire fermer le site Internet suisse.
- 1421 Un des obstacles majeurs lorsqu'il est question de compétence extraterritoriale est constitué par le fameux principe de territorialité. Celui-ci représente en effet un obstacle de taille en matière de reconnaissance également. La question de la reconnaissance a d'ailleurs été régulièrement citée par les tribunaux comme argument justifiant leur incompétence²⁰⁷⁵.

²⁰⁷¹ DESSEMONTET FRANÇOIS, Les principes de l'*American Law Institute*, p. 297.

²⁰⁷² DREYFUSS ROCHELLE, The American Law Institute Project, p. 29.

²⁰⁷³ *Ibidem*.

²⁰⁷⁴ LUCAS ANDRÉ, Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques, p. 23 s.

²⁰⁷⁵ Arrêt *Voda c. Cordis*, p. 903.

- 1422 Sans règles conventionnelles permettant la reconnaissance, il est à douter qu'un État accepte de reconnaître un jugement condamnatore étranger alors que le droit est libre sur son territoire²⁰⁷⁶.
- 1423 A l'image des Principes ALI²⁰⁷⁷ et CLIP²⁰⁷⁸, des règles sur la reconnaissance et l'*exequatur* des jugements étrangers doivent accompagner les règles de conflit de juridictions, sous peine de vider ces dernières de leur substance. Comme nous l'avons relevé, l'étude de ces règles sortirait du cadre de la présente étude. Il convient néanmoins de mentionner le projet d'une convention portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, qui est actuellement examiné dans le cadre de la Conférence de La Haye. Si ce projet devait être adopté, et que les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises sur Internet devaient entrer dans son champ d'application, la reconnaissance et l'*exequatur* des décisions serait grandement facilités entre État contractants.

C. Règles de coordination de procédure

- 1424 Comme nous l'avons constaté tout au long de notre étude, les critères de rattachement applicables en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet que nous avons définis peuvent potentiellement désigner plusieurs États.
- 1425 Pour que ces règles de conflit de juridictions soient efficaces, il conviendrait en conséquence de prévoir, parallèlement, des règles de coordination des procédures²⁰⁷⁹. Il en va ainsi des règles relatives à la litispendance et à la jonction de causes par exemple. Ces règles de coordination ne seront pas développées de manière approfondie, dans la mesure où elles sortent du cadre de la présente étude. Il nous paraît néanmoins important d'esquisser brièvement leurs contours en vue former un système cohérent relatif à la compétence internationale.
- 1426 Lorsque plusieurs tribunaux sont potentiellement compétents, le risque est important que des tribunaux situés dans des États différents soient saisis d'un même litige, entraînant de la sorte un risque de conflit positif de compétence et ainsi un risque de jugements contradictoires au terme des procédures. Les règles

²⁰⁷⁶ LUCAS ANDRÉ, Protection d'œuvres transmises par réseaux numériques, p. 24.

²⁰⁷⁷ Sec. 401 ss Principes ALI.

²⁰⁷⁸ Art. 4 : 101 ss Principes CLIP.

²⁰⁷⁹ DESSEMONTET FRANÇOIS, Transborder Litigation, p. 37 ss.

de coordination des procédures permettent ainsi de pallier ces risques en mettant en place un système de présence entre les différents tribunaux²⁰⁸⁰.

- 1427 L'institution de la litispendance poursuit ainsi le but d'éviter des jugements contradictoires en prévoyant quel juge doit se prononcer au fond et quel juge doit se dessaisir de l'affaire. L'art. 27 CL prévoit ainsi, par exemple, que « 1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions de différents États liés par la présente Convention, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. 2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ». Une règle similaire se trouve à l'art. 29 Règlement Bruxelles *Ibis*. Les règles sur la litispendance trouvent ainsi application lorsque deux tribunaux sont compétents et contraignent, si les conditions sont remplies, le juge saisi en second lieu à se dessaisir au profit du premier juge saisi.
- 1428 La jonction de cause poursuit le même but que la litispendance, à savoir éviter les jugements contradictoires²⁰⁸¹. En droit européen et suisse, la jonction de causes²⁰⁸² est une notion plus souple que la litispendance dans la mesure où elle offre (au lieu de contraindre, comme en matière de litispendance) la possibilité de concentrer les litiges en un lieu lorsqu'une certaine connexité existe (contrairement à l'identité des parties et de l'objet requise pour la litispendance)²⁰⁸³.
- 1429 Le droit américain ne connaît pas ces règles de coordination. Les tribunaux appliquent toutefois des règles de courtoisie internationale, qui diffèrent de certaines règles de coordination en ceci qu'elles ne sont pas contraignantes, mais relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge²⁰⁸⁴.
- 1430 Afin d'éviter les décisions contradictoires et ainsi de garantir la sécurité du droit, nous pensons en conséquence qu'il est important de prévoir des règles sur la coordination des procédures.

²⁰⁸⁰ Voir not. GUILLAUME FLORENCE, *Droit international privé*, p. 83 ss.

²⁰⁸¹ Voir not. BUCHER ANDREAS, *Commentaire romand*, ad art. 28 CL, n° 1, p. 1983.

²⁰⁸² Pour une étude sur les différents fors de la connexité en droit international privé suisse, voir GUILLAUME FLORENCE, *Les fors de la connexité*, p. 227 ss.

²⁰⁸³ La jonction de causes est prévue à l'art. 30 Règlement Bruxelles *Ibis* et 28 CL.

²⁰⁸⁴ GOLDSTEIN PAUL/ HUGENHOLTZ BERNT P., *International Copyright*, p. 125.

VII. Synthèse

- 1431 Tant que les droits de propriété intellectuelle ne seront pas unifiés au niveau international, les règles de droit international privé garderont leur importance en matière d'atteintes commises par le biais d'Internet.
- 1432 Au vu de la diversité des règles de conflit applicables et de la diversité des systèmes qui les contiennent, les tribunaux se sont montrés frileux lorsqu'il s'est agi de fonder leur compétence en matière d'atteintes transfrontalières. Cette frilosité s'explique, à tout le moins en partie, par le principe cardinal de la territorialité des droits de propriété intellectuelle, héritage des droits régaliens.
- 1433 Il se dessine pourtant, sur la scène internationale, une tendance visant à dépasser les carcans territoriaux du passé et à adopter une approche résolument internationaliste de la matière. Les différents projets, tant au niveau de la Conférence de La Haye, que des groupes de travail ayant abouti aux Principes ALI et CLIP, sont la preuve de cette volonté d'uniformisation à l'échelon global. Si ces projets se rejoignent dans l'approche internationaliste, ils se distinguent néanmoins dans la concrétisation de cette approche. Les Principes ALI adoptent une approche universaliste, alors que les Principes CLIP sont empreints de territorialisme.
- 1434 Le cadre dans lequel s'intègrent les présentes propositions tend à conserver la structure traditionnelle des règles de conflit de juridictions entre compétence générale et compétence spéciale qui est admise sur la scène internationale. Notre proposition permet de sélectionner plusieurs critères de rattachement qui seraient susceptibles d'être appliqués sur la scène internationale. De manière très succincte, notre proposition s'articule autour de trois rattachements :
- le domicile du contrefacteur,
 - le lieu ciblé par le contrefacteur et
 - le lieu où le contrefacteur a agi de façon substantielle.
- 1435 En matière de compétence générale, le for naturel au domicile du défendeur représente le pivot des règles de compétence internationale, de sorte qu'il convient de le maintenir. Le demandeur qui estime que son droit de propriété intellectuelle a été violé par le biais d'Internet peut ainsi, peu importe où se situe l'atteinte, saisir les tribunaux du domicile du défendeur d'une action en contrefaçon.
- 1436 Dans la mesure où la notion de « domicile » n'est pas connue de tous les États – une différenciation est observée entre les pays de tradition de *common law* tels que le Royaume-Uni et l'Irlande et les pays de *civil law* – une compétence

générale basée sur la notion de « résidence habituelle » des personnes physiques serait plus opportune. La notion de domicile des personnes morales prévue dans les instruments en vigueur peut être maintenue. Une personne morale doit ainsi pouvoir être atraite au lieu de son siège statutaire ainsi qu'au lieu de son incorporation ou de sa formation, au lieu de son administration centrale, et finalement au lieu de son établissement principal.

- 1437 Internet ne remet pas en cause le critère de rattachement du domicile du défendeur dès lors qu'il est extérieur au réseau et qu'il s'interprète par conséquent indépendamment de l'intervention d'Internet. Ce for au domicile du défendeur n'est toutefois pas entièrement hermétique à Internet. En effet, si Internet n'entraîne pas de difficulté particulière d'interprétation, il entraîne des difficultés de localisation. En l'état des avancées technologiques, il est loisible pour le contrefacteur sur Internet de se murer dans l'anonymat. Le contrefacteur peut en outre prendre résidence dans un paradis numérique. Pour ces raisons notamment, le demandeur peut souhaiter ouvrir action à un for plus neutre.
- 1438 Il est ainsi nécessaire de compléter la règle générale par une règle de compétence spéciale, axée sur l'atteinte au droit de propriété intellectuelle. Or c'est justement l'objet de cette compétence, à savoir l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet, qui la rend si compliquée à mettre en œuvre.
- 1439 Dans ce contexte, il convient de prendre un peu de hauteur afin d'avoir une vue générale de la problématique. Ce procédé nous a permis de retenir, parmi les différents systèmes juridiques et les différentes propositions doctrinales, les principes permettant de conjuguer la nature territoriale des droits de propriété intellectuelle avec la nature globale d'Internet.
- 1440 En matière d'atteintes transfrontalières et plus particulièrement plurilocalisées, nous avons conservé le principe d'ubiquité, lequel permet de dissocier l'unique délit en deux lieux : l'évènement causal et le résultat dommageable. En ce sens, l'approche s'entend en termes de délit complexe et non en termes de parcelles de délits. Se pose alors la question de la localisation de ces lieux dans un univers numérique.
- 1441 L'étude de la jurisprudence internationale a permis de mettre en lumière deux tendances générales qui ont guidé les tribunaux lors de l'examen de leur compétence. La première est basée sur l'accessibilité dans l'État du for du site Internet et la seconde se fonde sur l'existence d'un lien particulier avec le for.
- 1442 En vue de déterminer l'approche la plus satisfaisante, notre réflexion a été portée par les impératifs en matière de compétence internationale, à savoir la proximité entre la cause et le for et la prévisibilité des règles en vue de garantir une bonne

administration de la justice. Notre réflexion a également pris en considération les intérêts des parties au litige, ce qui contraint à opérer une délicate balance des intérêts.

- 1443 Notre proposition s'est finalement fixée sur le critère du ciblage. Nous pensons que l'administration de la justice serait mieux servie si le litige entretient un lien avec le for. Le critère du ciblage permet ce lien. Il représente bien la proximité entre le site Internet, dont la diffusion est globale, et le for, soit un territoire en particulier. Le ciblage est à l'image d'une lumière diffuse qui, passée au travers d'une loupe, devient faisceau lumineux et pointe un lieu précis sur une carte géographique.
- 1444 En droit américain, le critère du ciblage a été consacré dans l'affaire *Calder* et a été appliqué de manière subséquente, seul ou conjointement avec le *Zippo test*. En droit européen, le critère du ciblage a également été appliqué par certains tribunaux nationaux à l'image de la célèbre affaire *Hotel Maritime* rendue par la Cour suprême allemande. En droit suisse, la situation n'est pas clairement établie, mais pour fonder leur compétence, les tribunaux suisses requièrent à tout le moins un lien avec le for. Ce rattachement au lieu du ciblage devrait ainsi pouvoir emporter un consensus international.
- 1445 Dans la mesure où toute conséquence juridique d'un acte ne peut survenir que dans l'État dans lequel le bien juridique est protégé, la compétence au lieu ciblé ne peut ouvrir un for que dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle. En vue d'éviter un fractionnement du contentieux, tel qu'engendré par l'application de la théorie de la mosaïque issue de l'arrêt *Shevill*, le tribunal saisi doit pouvoir connaître l'ensemble du préjudice subi.
- 1446 Finalement, le lieu de l'évènement causal octroie un for supplémentaire pour l'action en contrefaçon. Il n'est pas possible de dégager une constance au sein de la jurisprudence internationale pour l'interprétation de cette notion dans le cadre des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet. En vue d'éviter des critères aisément manipulables – tels que le lieu de la mise en ligne et le lieu où le serveur est localisé – ainsi qu'un for trop proche de celui du défendeur – tel que le lieu de l'établissement du contrefacteur, nous avons préféré une approche plus générale –, se basant sur les circonstances du cas d'espèce. Il s'agit ainsi de retenir l'endroit où le contrefacteur a agi de manière substantielle. Ces actes, qui peuvent se situer en dehors de l'État de protection du droit de propriété intellectuelle, fondent également une compétence étendue à l'ensemble du préjudice subi.

Conclusions finales

Il y a bien un « là » là²⁰⁸⁵

- 1447 La première conclusion à laquelle nous a conduit la présente étude, c'est que les règles de droit international privé ne sont pas inaptes à régir les litiges en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet.
- 1448 La mondialisation et la globalisation des échanges à l'échelle mondiale ont révolutionné notre approche du commerce international. Les nouvelles technologies ont permis une diffusion globale et instantanée des contenus numériques, dont la propriété intellectuelle a largement bénéficié.
- 1449 Internet, ou comme certains l'appellent plaisamment le *Far West*, a ainsi été le théâtre de la délinquance à grande échelle, soit de la cybercriminalité, dont l'anonymat représente l'Eldorado. Les atteintes à la propriété intellectuelle commises par ce biais sont passées de l'échelon local à l'échelon global. Les caractéristiques des atteintes véhiculées par Internet sont à l'image du vecteur, instantanées et globales.
- 1450 Face à la situation, une convention internationale de droit international privé aurait été la panacée. Les différences entre les systèmes juridiques ont toutefois eu raison du projet dans sa forme originelle. En l'absence de règles unifiées en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet, ce sont les règles applicables aux litiges hors ligne qui trouvent application. Celles-ci doivent en conséquence être recherchées dans les droits internes.
- 1451 L'examen des dispositions en matière de compétence internationale en droits américain, européen et suisse a mis en exergue les points de convergence ainsi que les points de divergence entre les systèmes juridiques.
- 1452 Premièrement, l'approche prévalant en droit américain fait dépendre la compétence internationale personnelle du respect de la clause constitutionnelle du *due process* qui, à son tour, exige que le défendeur entretienne des *minimum contacts* avec le for et que l'exercice du pouvoir juridictionnel ne contrevienne pas aux *traditional notions of fair play and substantial justice*. L'approche juridictionnelle américaine laisse un large pouvoir d'appréciation au juge quant à l'interprétation de ces notions. A l'inverse, les droits européen et suisse sont basés sur des règles codifiées ayant pour objectif la prévisibilité et la sécurité du droit.

²⁰⁸⁵ Par référence à la question posée en titre par GEIST MICHAEL, Y a-t-il un « Là » là ?

Le Règlement Bruxelles *Ibis*²⁰⁸⁶ et la Convention de Lugano²⁰⁸⁷ prévoient ainsi une compétence internationale au lieu de l'évènement causal et au lieu du résultat dommageable²⁰⁸⁸.

- 1453 L'examen des règles applicables aux litiges hors ligne nous a conduit au principe de la territorialité des droits de propriété intellectuelle. Ce principe internationalement admis – et qui distingue les atteintes à la propriété intellectuelle des autres délits – est étroitement lié au principe de souveraineté, lequel a souvent été soulevé en vue de décliner la compétence des autorités pour connaître de litiges portant sur un droit de propriété intellectuelle étranger. Cette tendance territorialiste, particulièrement présente dans les pays de tradition de *common law*, est pourtant en perte de légitimité. La tendance universaliste, visant à s'affranchir de l'héritage des droits régaliens, est menée par quelques grands noms en la matière. Le principe de territorialité conjugué à l'ubiquité d'Internet constitue un mélange étonnant et détonnant. Pourtant, même au *Far West*, il existe des règles. Ces règles tirent leur origine des différents systèmes juridiques.
- 1454 Les États-Unis étant le berceau de l'Internet moderne, les tribunaux américains ont rapidement fait face à ce nouveau vecteur d'atteinte. L'arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, rendu en 1996, représente le point de départ d'une longue série d'arrêts en la matière. Les premiers arrêts montrent la difficulté d'appréhender la nature des litiges²⁰⁸⁹. Dans un premier temps, les tribunaux ont fondé leur compétence sur le simple fait qu'Internet était visible dans le monde entier et que les activités menées sur ce support devaient être considérées comme « délibérément dirigées » vers le monde entier²⁰⁹⁰. Toutefois, depuis le célèbre arrêt *Bensusan c. King*, qui concernait le club de jazz new-yorkais mondialement connu, « The Blue Note », les tribunaux américains ont adopté une approche plus circonstanciée de la nature des atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet. De manière générale, les tribunaux ont examiné et analysé les caractéristiques des activités contrefaisantes en ligne en vue d'établir les *minimum contacts*. Les tribunaux américains ont ainsi établi des *tests* permettant d'appréhender ce type de litiges.
- 1455 Ainsi, parmi les *tests* pertinents dans le cadre de la présente étude, se trouve le *Zippo test*, issu de l'affaire *Zippo*, du nom des célèbres briquets. Le tribunal a créé

²⁰⁸⁶ Art. 7 ch. 2 Règlement Bruxelles *Ibis*.

²⁰⁸⁷ Art. 5 ch. 3 CL.

²⁰⁸⁸ En application du principe d'ubiquité issu de l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE.

²⁰⁸⁹ Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set* ; arrêt *Maritz c. Cybergold*.

²⁰⁹⁰ Arrêt *Inset Systems c. Instruction Set*, p. 165.

dans cet arrêt une matrice, dénommée « *sliding scale* »²⁰⁹¹, qui permettait de classer les sites Internet en trois catégories. D'un côté se situent les sites actifs, sur lesquels se déroulent des échanges commerciaux, et qui offrent une base suffisante pour fonder la compétence des autorités. A l'autre extrémité se trouvent les sites passifs, qui ne présentent aucune interactivité, et qui n'offrent pas une base suffisante pour exercer la compétence. Dans la catégorie du milieu, se trouvent les sites interactifs qui, selon les circonstances, présentent un potentiel d'échanges avec les internautes et qui, selon les circonstances, peuvent fonder la compétence des autorités. Le *Zippo test* se concentre ainsi sur les caractéristiques des sites Internet. Parallèlement au *Zippo test*, un autre *test* a été proposé : l'*effect test* de l'arrêt *Calder*. Cet arrêt a été rendu en matière d'atteinte à la personnalité sur Internet, mais a été appliqué par analogie par les tribunaux américains en matière d'atteinte à la propriété intellectuelle. A l'inverse du *Zippo test*, qui se limite à l'examen des caractéristiques du site en question, l'*effect test* se concentre, en substance, sur les effets concrets qu'un site Internet peut entraîner dans l'État du for. Ces deux *tests* ont ensuite été appliqués séparément ou de manière conjointe pour établir les *minimum contacts*, avec la même volonté générale de fonder la compétence des autorités du for lorsque le site Internet implique « *something more* » que la simple accessibilité dans cet État.

1456 En droit européen, l'application du principe de l'ubiquité²⁰⁹² permet au demandeur de saisir les tribunaux du lieu de l'évènement causal ainsi que ceux du lieu où le résultat dommageable s'est produit. En l'absence de lignes directrices de la part de la Cour de justice européenne, les tribunaux des pays de l'Union européenne ont suivi le même cheminement, dans les grandes lignes, que celui adopté par les tribunaux américains. En application de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I, ils ont dans un premier temps fondé leur compétence au lieu du résultat dommageable en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle lorsqu'Internet était accessible dans l'État du for. Puis, dans un deuxième temps, les tribunaux ont exigé un lien plus étroit entre le site Internet et le for. Le for au lieu de l'évènement causal, très rarement utilisé en pratique, a été envisagé au lieu de l'établissement du contrefacteur, au lieu de la mise en ligne ou au lieu où est situé le serveur qui héberge le site Internet.

1457 Il a fallu attendre 2011 pour obtenir des éclaircissements de la part de la Cour de justice européenne. Dans un premier arrêt relatif à une atteinte à la personnalité sur Internet, l'arrêt *eDate*, la Cour de justice a retenu le critère de l'accessibilité ainsi que celui du centre des intérêts de la victime en vue de localiser le lieu du

²⁰⁹¹ Arrêt *Zippo*, p. 1124.

²⁰⁹² Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE.

résultat dommageable, d'une part, et le lieu de l'établissement de l'éditeur en tant que lieu de l'évènement causal, d'autre part. Dans la droite lignée de l'arrêt *eDate*, la Cour de justice s'est prononcée par la suite sur des atteintes commises par le biais d'Internet. A l'instar de ce qu'elle avait conclu dans son arrêt *eDate*, la Cour de justice a localisé le lieu de l'évènement causal au lieu de l'établissement du contrefacteur dans ses arrêts *Wintersteiger* et *Hejduk*. Quant au lieu du résultat dommageable, dans ses trois arrêts de principe *Wintersteiger*, *Pinckney* et *Hejduk*, relatifs respectivement à une marque et à des droits d'auteur, la Cour de justice a fondé la compétence des autorités du for, en substance, lorsque le site Internet, vecteur de l'atteinte, est accessible dans l'État de protection du droit de propriété intellectuelle.

- 1458 En droit suisse, la situation est quelque peu plus complexe. Les tribunaux ne se sont pas prononcés de manière univoque sur l'interprétation des règles de conflit de juridictions applicables en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur Internet. A tout le moins, les tribunaux suisses ont-ils fondé leur compétence lorsque le site Internet en question est accessible conformément à sa finalité (« *bestimmungsgemäss abrufbar* »). Dans la mesure où la Convention de Lugano est une convention parallèle au Règlement Bruxelles I, les principes dégagés par la Cour de justice européenne pour l'application de ce règlement pourraient être appliqués par analogie. Après avoir examiné ces principes à la lumière du droit suisse, nous avons conclu qu'une transposition était envisageable et conduirait ainsi à localiser le lieu de l'évènement causal au lieu de l'établissement du contrefacteur, d'une part, et le lieu du résultat dommageable dans l'État de protection du droit sur le territoire duquel le site Internet litigieux est accessible, d'autre part.
- 1459 Ce tour d'horizon jurisprudentiel en droits américain, européen et suisse lors d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet a mis en exergue un besoin d'uniformisation des règles sur la scène internationale. Les règles de conflit de juridictions ne sont pas inaptes à régir ce type de litige, mais nécessitent quelques adaptations. C'est dans cette optique comparative que nous avons proposé des critères de rattachement qui seraient susceptibles de trouver application dans les différents systèmes juridiques définis et qui pourraient par conséquent, par extrapolation, remporter un consensus au niveau international.
- 1460 A cette fin, nous avons dessiné les grandes lignes des règles applicables en vue de proposer une approche respectant la traditionnelle distinction entre le for au domicile du défendeur, qui est le pilier des règles de conflit de juridictions en matière internationale, et le for au lieu où la violation a été commise. Pour ce dernier for, nous avons respecté la dichotomie classique entre le lieu d'origine de

l'atteinte, à savoir le lieu de l'évènement causal, et le lieu de destination, soit le lieu du résultat dommageable.

1461 Le for au domicile du défendeur est un for traditionnellement admis qui ne nous a pas paru nécessiter de révolution particulière. *A contrario*, le for spécial, au lieu de l'évènement causal et au lieu du résultat dommageable, nécessite des adaptations plus substantielles pour tenir compte de la nature des atteintes.

1462 En vue de localiser le lieu de l'évènement causal, nous avons écarté les critères tels que le lieu où est situé le serveur et le lieu de la mise en ligne du contenu litigieux, dans la mesure où ils sont aisément manipulables. Le critère du lieu de l'établissement du contrefacteur, bien que présentant des avantages indéniables, a également été écarté. Dans la majorité des cas, le lieu de l'établissement du contrefacteur se confond avec le domicile du défendeur et ne présente ainsi pas d'apport juridictionnel. Nous pensons au contraire qu'une notion plus générale permet une plus grande flexibilité pour localiser ce lieu. Ainsi, en retenant le critère du lieu où le contrefacteur a agi de façon substantielle, ce lieu pourra correspondre aussi bien au lieu de la mise en ligne qu'au lieu où le serveur est situé et, cas échéant, au lieu de l'établissement du contrefacteur.

1463 Quant au lieu du résultat dommageable, après avoir défini les grandes tendances en matière d'interprétation, tant jurisprudentielle que doctrinale, des règles applicables en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet en lien avec ce critère de rattachement, nous avons sélectionné un critère qui comprend, d'une part, la notion de « *something more* » issue du droit américain et qui représente, d'autre part, la notion de liens étroits retenue en droits européen et suisse en vue d'assurer une certaine prévisibilité : le ciblage. L'application de ce critère permet de se focaliser sur tous les éléments permettant un rapprochement avec le for, soit tant les caractéristiques liées au site Internet lui-même (tels que le nom de domaine, la langue et la monnaie), que les liens extrinsèques que celui-ci entretient avec le for (tels que les ventes réalisées sur le territoire du for, par exemple). Les caractéristiques à prendre en considération doivent permettre de reconstituer la volonté du défendeur de viser le territoire du for, cette volonté devant être objectivement reconnaissable pour les tiers.

1464 Comme l'a relevé très justement la *Supreme Court* des États-Unis : « *the proper question is not where the plaintiff experienced a particular injury or effect but whether the defendant's conduct connects him to the forum in a meaningful way* »²⁰⁹³. Nous pensons ainsi que le critère du ciblage permet non seulement cette

²⁰⁹³ Arrêt *Walden c. Fiore*, p. 1125.

connexion, mais permet également au défendeur de pouvoir raisonnablement anticiper d'être attiré devant les juridictions de l'État du for.

Dans une optique internationaliste, nous pensons finalement que les fors au domicile du défendeur, au lieu où le contrefacteur a agi de façon substantielle et au lieu ciblé par le contrefacteur doivent permettre une réparation totale du préjudice subi. Dans un monde en constante globalisation, une approche basée sur un morcellement procédural ne peut en effet représenter une solution adéquate²⁰⁹⁴. La théorie de la mosaïque, issue de l'arrêt *Shevill*²⁰⁹⁵, doit laisser la place à une approche universelle de la compétence du juge de la contrefaçon qui permettrait finalement de concilier les atteintes aux droits de propriété intellectuelle avec la nature globale et ubiquitaire que représente Internet.

²⁰⁹⁴ DREYFUSS ROCHELLE, The American Law Institute Project, p. 29.

²⁰⁹⁵ Arrêt *Shevill*, CJCE.