

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren unbehelflich, soweit sie der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem angeblichen Wegfall des Rechtsschutzinteresses ausserdem eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 BV vorwerfen. Aus ihren Ausführungen wird nicht ersichtlich, inwiefern der Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Eintretensvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) betreffen soll. Wie die Beschwerdegegnerinnen zu Recht einwenden, beschlägt auch die Verhältnismässigkeit der beantragten Verbote die materiell-rechtliche Frage der Verletzung und deren Rechtsfolgen. Damit stand einer Berücksichtigung der nachträglich vorgenommenen Anpassungen der Beschwerdeführerinnen auch in dieser Hinsicht die Novenregelung von Art. 229 Abs. 1 ZPO entgegen.

Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie eine Wiederholungsfahr bejahte und den von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Einwand des fehlenden Rechtsschutzinteresses der Beschwerdegegnerinnen abwies. Sie hat die neuen Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der bestimmungsgemässen Abrufbarkeit der strittigen Internet-Präsenzen zutreffend als nach Art. 229 ZPO unzulässige Potestativ-Noven beurteilt, die nicht mehr in das Verfahren eingebracht werden konnten. Die Rüge der Verletzung von Art. 60 in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 lit. a und Art. 229 ZPO sowie Art. 5 Abs. 2 BV erweist sich als unbegründet.

**NOTE**

François Bohnet

**Intérêt pour agir vs condition de fond**

Sous l'empire des droits cantonaux, le Tribunal fédéral était allé jusqu'à tirer l'intérêt pour agir du droit matériel, afin d'assurer un traitement identique des actions en constatation sur tout le territoire de la Confédération (ATF 110 II 352; ATF 114 II 253; ATF 120 II 20). Autant dire que c'est dans cette approche «à la lumière de la prétention matérielle invoquée en justice qu'il faut décider si le demandeur a intérêt à obtenir une décision sur l'existence et la portée du droit prétendu. Il faut donc en quelque sorte examiner préalablement le fond pour arriver, le cas échéant, à la conclusion qu'il n'y a pas matière à statuer sur le fond» (BOHNET/SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, RJN 1997 14, 23). Dans la mesure où l'absence d'intérêt aboutit à l'irrecevabilité, il est logique que l'intérêt digne de protection figure parmi les conditions de recevabilité de l'art. 59 al. 2 ch. 1 CPC, comme l'admettait déjà la jurisprudence sous l'ancien droit (ATF 116 II 196 consid. 1a: «Das Interesse an einer solchen Klage stellt als Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzinteresses nach heute gefestigter Auffassung eine Prozessvoraussetzung dar»). L'intérêt est la condition *sine qua non* du droit d'action (*Klagerecht*), à savoir le droit à l'obtention d'un jugement sur le fond. Si la prétention affirmée n'est pas digne de protection, le droit d'action n'est pas donné et la demande est irrecevable (BOHNET/DROESE, Le droit d'action selon le CPC suisse, RSPC 2022 481 ss, 488 s.). En d'autres termes, lorsque la simple affirmation du droit (et non le droit lui-même) n'est elle-même pas digne de protection, le droit d'action fait défaut par manque d'intérêt. Il en va ainsi lorsque le demandeur allègue lui-même que son droit n'existe pas ou qu'une condition de celui-ci n'est pas donnée, qu'il est établi qu'il a déjà été satisfait ou ne peut plus l'être, ou encore que le droit affirmé n'est pas contesté ou objet d'une atteinte. Comme le retient l'ATF 122 III 279 consid. 3a, JdT 1998 I 605, «[u]n tel

intérêt fait habituellement défaut si la prétention du demandeur a été entre-temps satisfaite, peut-être même au-delà de ce qui avait été demandé, ou si l'on ne peut y donner suite». Lorsque l'intérêt fait défaut, le tribunal n'entre pas en matière. En revanche, lorsque l'affirmation du droit est digne de protection (*schutzwürdige Rechtsschutzanspruch-behauptung*), le tribunal entre en matière et statue au fond.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a bien distingué l'intérêt à agir, qui n'est donné en matière d'action en cessation que si une atteinte au droit affirmé à la marque est imminente, à savoir si le comportement de la partie défenderesse fait sérieusement craindre l'atteinte future au droit prétendu, et les conditions de fond, parmi lesquelles l'existence d'une violation par le comportement reproché. Ce n'est en effet pas dans le cadre de la condition de l'intérêt à agir, mais lors de l'examen du bien-fondé de la demande qu'il convenait d'examiner si les sites internet litigieux portaient ou non atteinte au droit de la partie demanderesse.

**Rechtskraft – Autorité de la chose jugée – Forza di cosa giudicata**

[2822] Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. gegen B., C. und Bank D. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_76/2023 vom 28. Juni 2023

Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO; Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG; Wirkung der Rechtskraft des Urteils für Dritte; keine Prozessstandschaft zugunsten des Dateninhabers

Der Umstand, dass sich in zwei Verfahren jeweils ähnliche Fragen stellen, indem bestimmte private Interessen zu berücksichtigen sind, reicht für eine Ausnahme vom Grundsatz der auf die Verfahrensparteien beschränkten Bindungswirkung eines Urteils nicht aus (E. 4.2). Aus dem Umstand allein, dass der Inhaber der Datensammlung nach Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG auch überwiegende Interessen Dritter zu berücksichtigen hat, lässt sich nicht ableiten, dass der Gesetzgeber eine Prozessstandschaft vorgesehen hätte (E. 5.1).

Art. 59 al. 2 lit. e CPC; art. 9 al. 1 lit. b LPD; Effet pour les tiers de l'autorité de la chose jugée; absence de Prozessstandschaft en faveur du détenteur des données

Le fait que des questions similaires se posent dans deux procédures, en ce sens que certains intérêts privés doivent être pris en compte, ne suffit pas à justifier une exception au principe de l'effet obligatoire d'un jugement limité aux parties à la procédure (consid. 4.2). Le simple fait d'indiquer que le maître du fichier doit également tenir compte des intérêts prépondérants de tiers en vertu de l'art. 9 al. 1 lit. b LPD ne permet pas de conclure que le législateur a prévu un cas qualité pour affirmer en son propre nom le droit d'un tiers (*Prozessstandschaft*) (consid. 5.1).