



**U.F.R. Sciences juridiques, administratives et politiques**

**MEMOIRE**

**MASTER II RECHERCHE – ETUDES BILINGUES DES DROITS DE L'EUROPE  
spécialité droit allemand**

**Les règles de conflit de droit international privé français  
et allemand appliquées aux cyberdélits.**

présenté et soutenu

par

Marie Tixier

Sous la direction de :

**M. François-Xavier Train**

## **Remerciements**

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma reconnaissance.

Je voudrais tout d'abord adresser toute ma gratitude au directeur de ce mémoire, M. François-Xavier Train, ainsi qu'à Mme Géraldine Demme, membre du jury, pour leur patience, leur disponibilité et surtout leurs judicieux conseils qui ont contribué à alimenter ma réflexion.

Je désire aussi remercier les professeurs des Universités Paris Ouest Nanterre La Défense et Potsdam qui m'ont fourni les outils nécessaires à la réussite de mes études universitaires. Je tiens à remercier spécialement M. Nicolas Marty qui fut le premier à me faire découvrir le droit international privé.

Enfin, je voudrais exprimer ma reconnaissance envers ma famille et mes amis qui m'ont apporté leur soutien moral et intellectuel tout au long de ma démarche.

## Table des matières

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>2</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>3</b>
<b>TABLE DES FIGURES</b> .....	<b>4</b>
<b>PRINCIPALES ABREVIATIONS</b> .....	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>6</b>
<b>PARTIE I – LES REGLES DE CONFLIT DE JURIDICTIONS APPLIQUEES AUX CYBERDELITS : DE L’INTERPRETATION ECLECTIQUE DES REGLES GENERALES</b> .....	<b>12</b>
<b>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : LA MISE EN PLACE DE REGLES INADAPTEES A L’INTERNET</b> .....	<b>12</b>
<i>Section 1 : L’absence de traitement autonome des cyberdélits</i> .....	<b>12</b>
<u>Paragraphe 1 : Les fondements textuels de la compétence internationale des juridictions françaises et allemandes</u> .....	<b>13</b>
<u>Paragraphe 2 : Les premières adaptations en matière de droits de la personnalité</u> .....	<b>15</b>
<i>Section 2 : La consécration de la théorie de l’accessibilité</i> .....	<b>20</b>
<u>Paragraphe 1 : L’admission d’une compétence universelle en matière de cyberdélits</u> .....	<b>20</b>
<u>Paragraphe 2 : Une solution inadaptée aux spécificités d’Internet</u> .....	<b>23</b>
<b>CHAPITRE 2<sup>ND</sup> : DES SOLUTIONS INNOVANTES A L’AVENIR INCERTAIN</b> .....	<b>24</b>
<i>Section 1 : L’essor de la théorie de la focalisation</i> .....	<b>25</b>
<u>Paragraphe 1 : Des États Unis à l’Europe</u> .....	<b>25</b>
<u>Paragraphe 2 : L’application en France et en Allemagne : vers un accroissement des exigences</u> .....	<b>28</b>
<i>Section 2 : Une méthode faisant preuve d’instabilité</i> .....	<b>31</b>
<u>Paragraphe 1 : Une indécision française sur la pertinence de la focalisation</u> .....	<b>31</b>
<u>Paragraphe 2 : Critique de la méthode de la focalisation</u> .....	<b>34</b>
<b>PARTIE II - LES REGLES DE CONFLIT DE LOIS EN MATIERE DE CYBERDELITS : DE L’ABSTRACTION A LA PROXIMITE</b> .....	<b>36</b>
<b>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> - LE PRINCIPE LEX LOCI DELICTI COMMISSI : UN MOYEN DE REALISATION DE LA REGLE SAVIGNIENNE IMPARFAIT</b> .....	<b>37</b>
<i>Section 1 : Le principe lex loci delicti commissi en droit européen, français et allemand</i> .....	<b>37</b>
<u>Paragraphe 1 : Le Règlement « Rome II » : un principe au champ d’application limité</u> .....	<b>37</b>
<u>Paragraphe 2 : Le principe lex loci delicti commissi en droit commun</u> .....	<b>41</b>
<i>Section 2 : Les risques de l’ubiquité</i> .....	<b>43</b>
<u>Paragraphe 1 : La loi du lieu du fait générateur face à l’ubiquité</u> .....	<b>43</b>
<u>Paragraphe 2 : La loi du lieu de survenance du dommage face à l’ubiquité</u> .....	<b>46</b>
<b>CHAPITRE 2<sup>ND</sup> : DES EXCEPTIONS AU SERVICE DU RAISONNABLE</b> .....	<b>47</b>
<i>Section 1 : Des limites nécessaires à l’appréhension des cyberdélits</i> .....	<b>48</b>
<u>Paragraphe 1 : La recherche de liens étroits : un garde-fou utile</u> .....	<b>48</b>
<u>Paragraphe 2 : Le choix de loi : une solution effective et raisonnablement encadrée</u> .....	<b>51</b>
<i>Section 2 : Les règles spéciales pertinentes en matière de cyberdélits</i> .....	<b>53</b>
<u>Paragraphe 1 : Le rattachement à la loi du marché affecté en cas de concurrence déloyale</u> .....	<b>54</b>
<u>Paragraphe 2 : Atteintes aux droits de la propriété intellectuelle : application du principe lex loci protectionis</u> .....	<b>55</b>
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>57</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>60</b>
<b>SYNTHESE - ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>67</b>
<b>GLOSSAIRE - GLOSSAR</b> .....	<b>80</b>

## Table des figures

Illustration du cas n° 1 : auteur du délit allemand et demandeur français .....	9
Illustration du cas n° 2 : auteur du délit français et demandeur anglais.....	17
Illustration du cas n° 3 : auteur du délit américain du Missouri et demandeur américain de l'État de New York .....	26
Illustration du cas n° 4 : auteur du délit suisse et demandeur allemand.....	28

## Principales abréviations

Art.	article(s)
Aff.	affaire(s)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bull. civ.	Bulletin civil
C.Cass	Cour de cassation
C.Civ	Code civil
Cass.com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Civ. 1 <sup>ère</sup>	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne)
comm.	commentaire
crit.	critique
éd.	édition
GADIP	Les grands arrêts du droit international privé
JCP	Juris-Classeur-Périodique (La semaine juridique)
JDI	Journal du droit international
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LG	Landesgericht
GG	Grundgesetz
NCPC	Nouveau code de procédure civile
n°	numéro
obs.	observations
OLG	Oberlandsgericht
p.	page(s)
préc.	précité
rapp.	rapport
rec.	recueil
réf	référé
rev.	revue
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
s.	suivants (et)
somm.	sommaire
TGI	Tribunal de grande instance
U.S.D.C.	United States District Court
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vol.	volume
www	World Wide Web
ZPO	Zivilprozessordnung

## Introduction

La libéralisation des services de télécommunication établie dans les années 1990 s'est traduite par la nécessité de l'adaptation des structures législatives nationales, européennes et mondiales à l'environnement de l'Internet. Depuis le milieu des années 1990, l'Internet devient un outil omniprésent que ce soit au niveau économique, social, culturel, éducatif ou gouvernemental.<sup>1</sup> Il s'agit de l'infrastructure technique dont la croissance est la plus rapide.<sup>2</sup>

Resituons-nous un instant à l'origine du droit de l'Internet. Dans les années 1994-1995, seuls dix millions d'utilisateurs sont « connectés » au réseau dans le monde entier.<sup>3</sup> À titre de comparaison, l'on compte en 2008 plus de quinze millions d'abonnés à l'Internet haut débit sur le seul territoire français<sup>4</sup> et l'Union Internationale des Télécommunications, institution spécialisée des Nations Unies pour les technologies de l'information et de la communication, dénombre en 2007 1,13 milliards d'utilisateurs d'Internet.<sup>5</sup> L'Internet n'est alors connu que par une très faible proportion de la population et aucun texte de droit, ni aucune décision de justice, ne fait état de ce nouvel espace.<sup>6</sup> L'Internet représente donc un espace de liberté totale.

Néanmoins, le besoin de régulation est rapidement apparu. En l'absence d'une loi spécifique, une régulation non juridique s'est mise en place, dès 1995, par l'intermédiaire de la « netiquette ».<sup>7</sup> Il s'agit alors de règles de conduite et de politesse dégagées par les

---

<sup>1</sup> R. Verrue, « European Union initiatives in the field of Internet Law », in *Internet International Law*, Bruylant, 2005, p. 345.

<sup>2</sup> M. Yang, « ACM International Conference Proceeding Series », in *Proceedings of the 7th International Conference on Electronic Commerce*, Vol. 113, mars 2006, disponible sur <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (Accès au site le 28 octobre 2011).

<sup>3</sup> V. Fauchoux, P. Deprez, *Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages*, Lexis Nexis Litec, 2008, p. 1.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Rapport de l'Union Internationale des Télécommunications de septembre 2007 : « Tendances des réformes dans les télécommunications 2007 : La route vers les réseaux de prochaine génération », 8<sup>ème</sup> édition, septembre 2007, p.9, disponible sur : <http://www.itu.int/pub/D-REG-TTR.9-2007/fr> (Accès au site le 28 octobre 2011).

<sup>6</sup> V. Fauchoux, P. Deprez, *Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages*, op. cit.

<sup>7</sup> S. Hambridge, *RFC 1855 Netiquette Guidelines*, rédigé pour l'Internet Engineering Task Force, octobre 1995. Traduction de Jean-Pierre Kuypers, disponible sur <http://www.sri.ucl.ac.be/SRI/rfc1855.fr.html> (Accès au site le 28 octobre 2011).

internauts eux-mêmes. Cette autorégulation des réseaux a cependant rapidement atteint ses limites, comme en témoigne l'Association des utilisateurs d'Internet dès 1996 :

« Lorsqu'il ne s'agit plus de comportements problématiques, mais de comportements réellement délictueux, la « netiquette » est clairement dépassée et, lorsque le délit est constitué, c'est la loi qui doit s'appliquer afin d'identifier les responsables, d'établir leur culpabilité, de les sanctionner et de faire cesser, dans la mesure du possible, l'objet du délit... On ne répétera jamais assez que la législation existante s'applique sur Internet comme ailleurs. En France et à l'étranger. »<sup>8</sup>

Parallèlement à ce constat, l'année 1996 est marquée d'une part, par l'affirmation des juges du tribunal fédéral de Philadelphie que « Internet a réalisé, et continue d'élaborer, le lieu de rencontre le plus participatif pour l'expression de masse que ce pays – et même le monde – n'a encore jamais connu. »<sup>9</sup> D'autre part, les premières décisions, notamment françaises,<sup>10</sup> sont rendues dans ce domaine sur la base des règles de droit interne appliquées à l'univers numérique.

L'application du droit interne ne pose pas de réelle difficulté ; la véritable problématique découle du caractère international du réseau.<sup>11</sup> L'Internet est un réseau de communication sociale et commerciale universel dont les frontières ne sont pas définies. Selon Horatia Muir-Watt, il y a « sur Internet une sorte d'internationalisation passive et généralisée. »<sup>12</sup> L'immatérialité, l'irréductibilité de la localisation et surtout l'ubiquité<sup>13</sup> dont fait preuve l'Internet entraîne le nécessaire règlement des questions juridiques que cette innovation a soulevées, sur le plan du droit international.

Prenons, par exemple, une société française F, fabricant de montres renommé depuis des décennies, ayant remarqué qu'un site internet de la société allemande A, rédigé en langue anglaise, proposait des modèles de montres ressemblant fortement aux siennes à plus

---

<sup>8</sup> Rapport de l'Association des utilisateurs d'Internet du 7 juin 1996 : « Pour une intégration sereine et un développement harmonieux d'Internet dans la société française », disponible sur : <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html> (Accès au site le 28 octobre 2011).

<sup>9</sup> Tribunal fédéral de Philadelphie, 11 juin 1996, ACLU vs. Reno, extrait des motivations du Juge Stewart Dalzell, disponible sur : <http://www.aclu.org/court/cdadec.html> (Accès au site le 28 octobre 2011).

<sup>10</sup> A titre d'exemples : TGI Bordeaux, ord. réf., 22 juill. 1996, Atlantel ; TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996, Brel et Sardou ; TGI Paris, 12 juin 1996, UEJF contre Calvacom.

<sup>11</sup> N. Brault, « Le droit applicable à internet, De l'abîme aux sommets », *Légicom* n° 12, avril – mai - juin 1996, p. 1.

<sup>12</sup> D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé*, Que sais-je ?, Puf, 2007.

<sup>13</sup> J-S. Bergé, « La résolution des conflits de lois », in G. Chatillon, *Le Droit International de L'internet - Actes du Colloque*, Ministère de La Justice, Paris, 19-20 novembre 2001, Bruylant, 2003.

bas prix. Selon F, il y aurait actes de contrefaçon et de concurrence déloyale. De part son caractère international, cette situation, classique au regard de l'Internet, en appelle, en premier lieu, à l'application du droit international privé. En effet, si les deux sociétés étaient françaises, la situation ne présenterait pas de difficultés majeures ; les juridictions françaises seraient compétentes pour trancher le litige en appliquant la loi française, à savoir l'article L335-2 du Code de la propriété intellectuelle ainsi que l'article 1382 du Code civil dans le cas où la responsabilité de l'auteur pourrait être engagée.<sup>14</sup> Les questions de juridiction compétente et de droit applicable ont, dès lors, une place centrale dans la réflexion juridique relative à l'Internet.

L'Internet est, entre autre, le lieu potentiel de la réalisation de fautes engageant la responsabilité délictuelle de leur auteur, à savoir de délits civils<sup>15</sup> (par exemple lorsque l'internaute met en ligne du contenu ou qu'il intègre le contenu produit par un tiers). Nous entendons ainsi ici le terme « délit » comme un « fait dommageable illicite, intentionnel ou non, qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur. »<sup>16</sup> Ces comportements, en « impliquant l'utilisation d'Internet dans la commission du fait générateur ou dans la réalisation du dommage »<sup>17</sup> se définissent comme des « cyberdélits ». Tout progrès technique s'accompagne de progrès dans la technique de commission des infractions et l'Internet n'échappe pas à la règle.<sup>18</sup> Bien au contraire, il a tendance à faciliter la commission d'actes délictueux. Bien souvent, les internautes peuvent avoir le sentiment d'échapper aux règles de droit sur ce réseau infini pouvant être vu comme un espace sans véritable contrôle. Ils peuvent également adopter des comportements fautifs au regard d'une autre législation sans en avoir connaissance.

L'enjeu consiste alors à établir quelle juridiction sera compétente et quelle loi sera applicable à de telles situations dans la mesure où, bien souvent, plusieurs États se trouvent

---

<sup>14</sup> Dans l'hypothèse où les deux sociétés seraient allemandes, les juridictions allemandes seraient compétentes pour trancher le litige en appliquant la loi allemande, à savoir le § 6 UWG ainsi que le § 823 II BGB dans le cas où la responsabilité de l'auteur pourrait être engagée.

<sup>15</sup> Par délit, nous entendons ici parler de délits civils entraînant une responsabilité extracontractuelle. CJCE, 27 sept. 1988, Athanasios Kalfelis contre Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres, Aff. C-189/87 : « La notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, § 3 de la Convention, doit être considérée comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, § 1 ». CJCE, 17 juin 1992, Jacob Handte Aff. C-26/91.

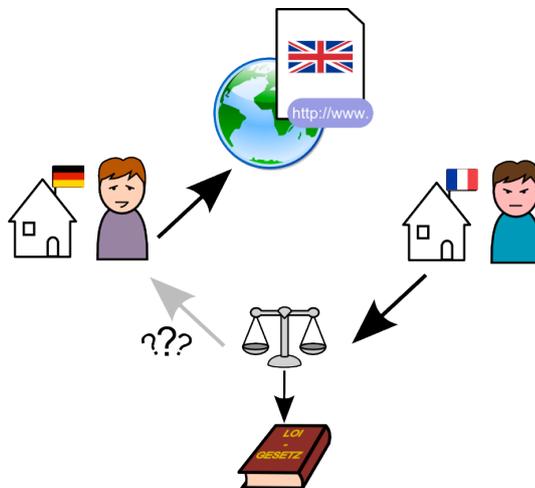
<sup>16</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 316.

<sup>17</sup> O. Cachard, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *RLDI* n°63, août – septembre 2010, p. 15.

<sup>18</sup> G. Quintero Olivares, « La cybercriminalité et la responsabilité pénale des prestataires de services », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, Editions Cujas, 2006, p. 773.

rattachés à celles-ci. La question de la localisation des délits est alors problématique dans ce type de situation. L'opposition entre la territorialité des délits et l'ubiquité du réseau, constatée très tôt par la doctrine de droit international privé nord-américaine,<sup>19</sup> rend la solution à ces problématiques délicate. En effet, le droit international privé se base essentiellement sur l'idée de souveraineté et de territorialité. Or l'Internet constitue un espace virtuel, sans véritables frontières,<sup>20</sup> caractérisé par l'ubiquité et indépendant des États. L'ubiquité, découlant de la mise à disposition des informations dans le monde entier au même instant, a pour conséquence la possible dissociation entre le lieu du fait générateur et le lieu du dommage. Le délit devient alors complexe. En outre, il peut y avoir une multitude de lieux du dommage.

Prenons l'exemple d'un particulier allemand D, résidant en Allemagne et écrivant un blog politique engagé en langue anglaise. Son blog est suivi par de nombreux anglophones que ce soit en Allemagne, en France, au Royaume-Uni ou encore aux Etats-Unis. D publie un article sur les différents partis d'extrême droite européens dans lequel il insulte la présidente du Front National. Cette dernière décide de poursuivre D pour injure (cas n° 1). La difficulté repose alors sur le fait que la présidente de ce parti a subi des dommages potentiellement dans tous les pays où cet article a été lu. Cela rend complexe la question de la juridiction compétente pour traiter ce litige. Il en est de même s'agissant de la question de la loi applicable.



**Illustration du cas n° 1 : auteur du délit allemand et demandeur français**

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> A l'exception de certains Etats dans lesquels les contenus sont contrôlés tels la Chine, la Syrie, Cuba, la Corée du Nord ou encore la Birmanie. Voir la liste dite d'« ennemis d'Internet » de Reporters Sans Frontières disponible sur <http://fr.rsf.org> (Accès au site le 28 octobre 2011).

De ce constat, l'on comprend que ces situations créent de nouvelles problématiques par rapport aux situations transnationales classiques, notamment en matière délictuelle. C'est sur cet axe que portera notre étude. Nous nous attacherons à étudier comment deux pays comme l'Allemagne et la France ont adapté leurs règles de conflits de droit international privé en matière délictuelle afin de répondre à cette évolution. Nous n'étudierons pas ici les règles de conflits en matière de cybercriminalité. La notion de cybercriminalité n'étant pas clairement définie, nous entendons par ces règles de conflits, celles qui s'attachent à déterminer la juridiction compétente ainsi que la loi applicable s'agissant d'actes entraînant la responsabilité pénale de leur auteur.<sup>21</sup>

En raison du principe de neutralité technologique,<sup>22</sup> l'Union Européenne n'a adopté aucune règle de conflit spécifique aux activités commises sur Internet.<sup>23</sup> Les États membres doivent ainsi interpréter les règles de droit positif de façon à dégager de nouvelles règles prétorienne adaptées à la spécificité d'Internet. Partant du constat de la spécificité propre à l'Internet, il apparaît alors intéressant d'observer comment deux États comme la France et l'Allemagne, piliers de l'Union Européenne, ont chacun interprété le droit positif européen afin de dégager des règles de conflits en matière de cyberdélits. Les règlements en la matière étant soit récents, soit ne rassemblant pas toutes les situations pouvant se présenter, il apparaît également important d'intégrer à cette étude les règles de droit commun de droit international privé tant français qu'allemand qui, n'étant pas non plus spécifiques à l'environnement de l'Internet, ont du être dégagées par la jurisprudence.

Le principal obstacle à l'application des règles de droit international privé classiques en matière de cyberdélits correspond à la spécificité d'Internet, caractérisé notamment par son ubiquité. Les règles de droit international privé classiques se révèlent-elles insatisfaisantes pour régler les conflits de juridictions et de lois en la matière ? Comment ces règles ont-elles été adaptées pour faire face aux obstacles rencontrés ? Ces adaptations suffisent-elles à aboutir à une solution juste et faisant preuve de sécurité juridique ?

---

<sup>21</sup> A titre d'exemples : incitation à la haine raciale, diffusion d'image pédopornographiques...

<sup>22</sup> Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (projet de modification de la directive : 2007/0247 (COD)).

<sup>23</sup> O. Cachard, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *op. cit.*

L'intérêt d'un regard comparé sur un problème aussi actuel est non seulement d'accéder à la connaissance d'un autre droit, mais encore de lire autrement son propre droit. En effet, selon Horatia Muir Watt, « le regard porté sur l'autre décèle les réalités non perçues de l'intérieur du système observé. »<sup>24</sup> Basil Markesinis parle alors d'« outsider's insights ».<sup>25</sup> Dans cet esprit, les règles de droit international privé européennes, françaises et allemandes seront comparées.

Dans une première partie, nous traiterons du conflit de juridictions, première étape de tout raisonnement de droit international privé. Cette partie va révéler que l'insuffisance des règles générales à prendre en compte les délits complexes se traduit par une multiplicité d'interprétations doctrinales et jurisprudentielles, source d'insécurité juridique. Ainsi, si dans un premier temps les juges français et allemand ont retenu la théorie de l'accessibilité, la théorie de la focalisation semble lui avoir été supplantée.

Dans une deuxième partie, nous nous intéresserons à la question de la loi applicable. Il s'agira alors de mettre en exergue l'impossibilité de mise en œuvre du principe de la *lex loci delicti commissi* en matière de cyberdélits dans la mesure où il ne résiste pas à l'ubiquité dont fait preuve le réseau. Il faudra alors observer si les différentes exceptions et règles spéciales, mises en place sur la base du principe de proximité, permettront de garantir un règlement du conflit de lois de manière efficace en matière de cyberdélits.

---

<sup>24</sup> H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, mars 2000.

<sup>25</sup> *Ibid.*

## **Partie I – Les règles de conflit de juridictions appliquées aux cyberdélits : de l'interprétation éclectique des règles générales**

Le conflit de juridiction recouvre la partie du droit international privé visant à déterminer quand, et sous quelles conditions, les juridictions d'un État peuvent être compétentes pour trancher un litige à dimension internationale. Cette étape s'avère pour le moins complexe dans le domaine qui nous intéresse, à savoir les cyberdélits. Phénomène en continuelle croissance, les avancées technologiques dans la commission de délit par le biais d'Internet ne respectent pas la temporalité que l'on connaît concernant l'établissement de règles de droit. Observons ainsi comment les juridictions françaises et allemandes, sur la base des règles générales dégagées à l'échelle européenne, ont adapté leurs législations afin de faire face à ce fait. Les règles textuelles ainsi que celles dégagées par la jurisprudence dans un premier temps se révèlent insatisfaisantes à appréhender la complexité du conflit de juridictions en matière de cyberdélits (Chapitre 1<sup>er</sup>). De ce constat apparaît alors la nécessité de recourir à des solutions plus raisonnées mais s'avérant instables (Chapitre 2<sup>nd</sup>).

### **Chapitre 1<sup>er</sup> : La mise en place de règles inadaptées à l'Internet**

Des règles de conflits européennes et de droit commun (Section 1), les juridictions françaises et allemandes ont dû dégager des solutions adaptées afin de faire face à l'avènement d'Internet et se sont tout d'abord attribuées une compétence universelle (Section 2).

#### **Section 1 : L'absence de traitement autonome des cyberdélits**

En l'absence de règles spécifiques quant à la détermination de la juridiction compétente en matière de cyberdélits, il convient d'analyser les règles de compétence générales européennes et de droit commun (§ 1) ainsi que l'application qui en est faite en matière de droit de la presse (§ 2).

Paragraphe 1 : Les fondements textuels de la compétence internationale des juridictions françaises et allemandes

En tant que membres de l'Union Européenne, la France et l'Allemagne<sup>26</sup> ont intégré à leurs législations le Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>27</sup> dit « Bruxelles I ». Ce règlement s'applique aux litiges de nature civile et commerciale<sup>28</sup> entre personnes de droit privé présentant au moins un élément d'extranéité,<sup>29</sup> dans la mesure où le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre.<sup>30</sup> Il ne concerne, en outre, que les instances introduites après le 1<sup>er</sup> mars 2002,<sup>31</sup> date de son entrée en vigueur. Selon les règles de compétence générales non exclusives, « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre »<sup>32</sup> (*actor sequitur forum rei*). Toutefois, l'article 5 du règlement prévoit des règles de compétence spéciales non exclusives dont il ressort qu'en matière délictuelle, le défendeur peut être attiré dans un autre État membre « devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. »<sup>33</sup> Ainsi, en l'absence d'accord conclu entre les parties sur la compétence,<sup>34</sup> s'applique la règle du *forum loci delicti*. N'étant pas spécifique aux activités commises sur Internet, cette règle se révèle d'application délicate en matière de cyberdélits en raison de l'ubiquité du réseau. En effet, la

---

<sup>26</sup> Membres fondateurs depuis la signature du Traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier le 18 avril 1951 et entré en vigueur le 23 juillet 1952. A noter que l'Allemagne était alors, depuis 1949, divisée entre la République fédérale d'Allemagne, signataire du Traité, et la République démocratique allemande. Le territoire de la République démocratique allemande n'intégrera, ce qui est alors devenu la Communauté économique européenne, qu'en 1990 du fait de la réunification allemande.

<sup>27</sup> Remplaçant la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>28</sup> Par opposition au droit public mais aussi au droit pénal. Sur la distinction entre droit public et droit privé : CJCE, 18 mai 2006, Land Oberösterreich c/ CEZ as, Aff. C-343/04, CJCE, 16 déc. 1980, Pays-Bas c/ Reinhold Rüffer, Aff. C-814/79 ; CJCE, 15 fév. 2007, Eirini Lechouritou c/ RFA, Aff. C-292/05 ; CJCE, 14 oct. 1976, LTU c/ Eurocontrol, Aff. C-29/76.

<sup>29</sup> A l'exception des matières exclues expressément du champ d'application du Règlement 44/2001 prévues dans son article 1.

<sup>30</sup> Art. 2 du Règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La qualification du domicile se fait de manière autonome pour les personnes morales (art. 60) et *lege fori* pour personnes physiques (art. 59 I). Art. 3 et 4 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 décembre 2010, COM (2010) 748 final.

<sup>31</sup> Art. 66 § 1 et art. 76 du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>32</sup> Art. 2 du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>33</sup> Art. 5 § 3 du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>34</sup> Art. 23 du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

CJUE, saisie dans une affaire de pollution transfrontière, a formulé dans les termes suivants :

« L'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage. »<sup>35</sup>

Or, ces deux lieux s'avèrent fréquemment distincts lorsqu'il s'agit de délits commis par le biais d'Internet.

Il faut également envisager l'hypothèse selon laquelle le défendeur n'a pas son domicile sur le territoire d'un État membre. Celle-ci est facilitée de part le caractère mondialisé d'Internet. L'accès à des contenus situés hors de l'Europe n'est, en effet, plus marginal. Une telle situation n'entrant pas dans le champ d'application du Règlement « Bruxelles I », le droit commun a donc vocation à s'appliquer de manière subsidiaire.<sup>36</sup>

Les règles de compétence territoriale internes françaises<sup>37</sup> et allemandes,<sup>38</sup> érigées en règle de compétence internationale,<sup>39</sup> reprennent alors une place centrale.<sup>40</sup> Néanmoins, les solutions constatées en France et en Allemagne n'offrent pas de solution plus satisfaisante que le règlement lorsqu'il s'agit de délit commis par le biais d'Internet. En effet, elles démontrent à quel point le droit européen s'est inspiré des règles internes en la matière. Les approches françaises et allemandes en matière délictuelle sont en effet sensiblement les mêmes. Le principe ressortant de l'article 42 NCPC et des paragraphes 12, 13 et 17 ZPO est identique : le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le domicile du défendeur. La qualification du domicile se fait dans les deux cas selon les règles du for.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contre Mines de potasse d'Alsace SA*, Aff. C-21/76.

<sup>36</sup> A l'exception de la Suisse, de la Norvège et de l'Islande auxquels la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 étendait l'application des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Modifiée en 2007, la nouvelle Convention de Lugano (2007/712/CE), entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011 concernant la Suisse et l'Islande, est désormais alignée sur le Règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>37</sup> Art. 42 à 46 NCPC.

<sup>38</sup> §§ 12 à 37 ZPO.

<sup>39</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 oct. 1959, *Pelassa*, *Rev. Crit.*, 1960.215. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 oct. 1962, *Scheffel*, D.1963.109, note *Holleaux*. BGH 18.04.1985, NJW1985, 2090.

<sup>40</sup> R. Geimer, R.A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, C.H.Beck Verlag, 1<sup>ère</sup> édition, 1997, Art. 2 Rn. 136.

<sup>41</sup> Art. 102 al. 1 C.civ., §§ 7 à 11 BGB.

Dans le cadre des compétences ordinaires, l'article 46 NCPC offre une option de compétence en matière délictuelle. Celle-ci permet au demandeur de choisir, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du « lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ». Une option de compétence est également offerte en droit allemand sur la base du paragraphe 32 ZPO. La juridiction compétente est alors celle du lieu du fait dommageable qui, une fois encore, s'entend aussi bien du lieu du fait générateur que du lieu où le dommage est survenu.

Ainsi, le lieu du dommage, critère ressortant à la fois du droit interne et du droit de l'Union européenne,<sup>42</sup> s'avère bien souvent complexe à déceler. Comme le déclarait M. Roger Perrot, « la compétence territoriale ne résiste pas à l'invasion des technologies modernes qui ignorent les découpages administratifs. »<sup>43</sup> De ces fondements textuels généraux, il a donc fallu dégager une interprétation plus propice à la détermination d'une juridiction compétente en matière de délits commis par le biais d'Internet. La question des éléments de compétence pertinents concernant le fait dommageable est, en effet, une question devant être réglée par la *lex fori*.<sup>44</sup>

La solution retenue est généralement celle appliquée en matière de droit de la presse.<sup>45</sup> C'est pourquoi il convient maintenant d'observer comment ces règles ont été adaptées aux atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité par voie de presse.

### Paragraphe 2 : Les premières adaptations en matière de droits de la personnalité

Les droits de la personnalité regroupent les « droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux. »<sup>46</sup> Il s'agit, par exemple, du droit à la vie privée, du droit à l'image ou encore le droit à la voix. La France assure la protection de ces droits par le biais de droits spéciaux de nature essentiellement législative. L'exemple le plus significatif

---

<sup>42</sup> Voir *supra*, p. 13.

<sup>43</sup> R. Perrot, note sous Cass. Com., 7 juill. 2009, n° 08-17.135, Procédures 2009, comm. 301.

<sup>44</sup> T. Rauscher, J. Wenzel, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Gottwald, dir., EuGVO, Art. 5 Rn 67, C. H. Beck, 3<sup>ème</sup> édition, 2008.

<sup>45</sup> B. Beignier, B. de Lamy, E. Dreyer, dir., *Traité de droit de la presse et des médias*, Lexis Nexis Litec, 2009, p. 1370.

<sup>46</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 752.

en la matière est l'article 9 du Code civil consacrant le droit à la vie privée. Ce droit est, en effet, au cœur de la protection des droits de la personnalité puisqu'il inclut également le droit à l'image<sup>47</sup> ainsi que ce qui relève du comportement intime de la personne.<sup>48</sup> En l'absence de disposition spécifique, le régime général de la responsabilité civile est alors appliqué. La protection des droits de la personnalité est organisée de manière différente en Allemagne. Le droit allemand distingue entre le droit de la personnalité dit général (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*) et les droits de la personnalité dits spéciaux (*die besondere Persönlichkeitsrechte*). Le premier a été dégagé par la jurisprudence<sup>49</sup> sur la base de deux principes tirés de la Loi Fondamentale, à savoir le droit à la dignité humaine<sup>50</sup> et le droit au libre épanouissement de sa personnalité.<sup>51</sup> Les seconds relèvent de dispositions spécifiques tel, par exemple, le droit à l'image<sup>52</sup> ou encore le droit au nom.<sup>53</sup> En outre, l'article 823 alinéa 1<sup>er</sup> peut également servir de base légale en matière de droits de la personnalité notamment sur le terrain de la protection de l'honneur personnel ou encore de la protection de la réputation.<sup>54</sup> Reste enfin à trouver le bon équilibre entre la protection des droits de la personnalité et d'autres droits à valeur constitutionnelle avec lesquels elle rentre inévitablement en conflit : la liberté d'expression et la liberté de la presse.<sup>55</sup> Ainsi, l'on constate que les droits de la personnalité ont principalement une protection constitutionnelle en Allemagne tandis que le droit français leur assure une protection essentiellement législative.

Après cet exposé succinct de la protection assurée aux droits de la personnalité, il convient de constater que, bien souvent, la mise en œuvre de ces règles rencontre des difficultés dans le cadre de situations transnationales. En matière de violation des droits de la personnalité, le lieu du fait générateur et le lieu où le dommage a été subi sont bien souvent distincts (*Distanzdelikte*). Le développement des médias, désormais fréquemment publiés ou diffusés dans plusieurs pays, ou encore accessibles de part le monde entier grâce à l'Internet, a abouti à la multiplication de ces situations. Une autre conséquence est aussi que le

---

<sup>47</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juill. 2009, *Bull. civ.* I, n° 175.

<sup>48</sup> Cass. Soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284.

<sup>49</sup> BGH 25.05.1954, BGHZ 13, 334 ; « Herrenreiter- Entscheidung », BGHZ 26, 349 et s.

<sup>50</sup> Art. 1 al. 1<sup>er</sup> GG.

<sup>51</sup> Art. 2 al. 1<sup>er</sup> GG.

<sup>52</sup> § 22 1 Kunsturheberrechtsgesetz.

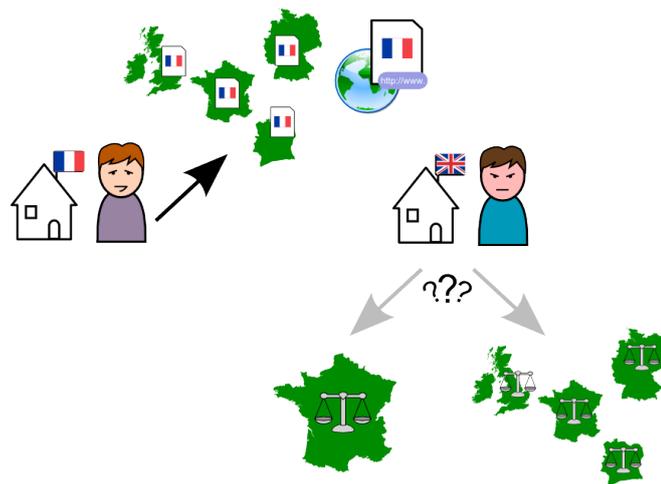
<sup>53</sup> § 12 BGB.

<sup>54</sup> BGH, 18.03.1957, BGHZ 30, 7.

<sup>55</sup> Art. 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; Art. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; Art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ; Art. 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; Art 1<sup>er</sup> de la loi du 19 juillet 1881, Art 5 GG.

dommage a désormais aisément pu être subi dans plusieurs pays et peut donc relever concurremment de plusieurs juridictions (*Streudelikte*).

Prenons l'exemple d'un journal français, publié en France, en Allemagne, en Côte d'Ivoire et en Angleterre et ayant également un site internet libre d'accès, répertoriant les articles les plus sensationnels. Ce journal publie un article affirmant qu'un acteur anglais très connu, A, est un grand consommateur de drogues et en fait état sur son site internet. A estime que cet article est diffamatoire et décide d'attaquer le journal français (cas n° 2).



**Illustration du cas n° 2 : auteur du délit français et demandeur anglais**

Intéressons-nous, dans un premier temps, à la diffusion par voie de presse de cet article dans la mesure où la solution dégagée a été étendue au domaine de l'Internet. L'arrêt *Mines de Potasse* n'apporte, en l'espèce, aucune solution claire. Notre victime pourrait ou devrait-elle :

« Saisir l'un quelconque des juges des divers lieux de dommage de l'intégralité de la demande en réparation, au risque de rendre compétent un juge qui n'a que peu de liens réels avec le litige ? Ou diviser ses demandes en autant de parties qu'il y a de lieux de diffusion, avec le risque corrélatif d'incohérences, de conflits, d'inflation des coûts du procès ? »<sup>56</sup>

En réponse à cette problématique, la CJUE s'est efforcée, en matière de délit de presse, de limiter les compétences pouvant être attribuées à une multitude de juridictions sur la base de la localisation du dommage sur leur territoire. Elle a été saisie de cette question

<sup>56</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, op.cit.*, p. 386.

dès 1995 dans le cadre de l'affaire *Fiona Shevill*,<sup>57</sup> où la victime estimait qu'un article publié par le journal France soir dans plusieurs pays européens était diffamatoire à son encontre. La Chambre des Lords pose alors une question préjudicielle à la CJUE afin de déterminer si le lieu du fait dommageable devait s'entendre soit du lieu où le journal a été imprimé et mis en circulation, soit de tout lieu où le journal a pu être lu par des individus, soit du lieu ou des lieux où le demandeur jouit d'une réputation importante. La cour répond que la personne s'estimant victime d'une violation de ses droits de la personnalité peut saisir soit le tribunal du lieu du fait générateur, à savoir du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication, qui sera alors compétent pour statuer sur l'intégralité de la demande et pourra donc attribuer une réparation totale, soit saisir les tribunaux du lieu du dommage, à savoir ceux de chaque pays dans lesquels la publication a été diffusée et où la victime a fait valoir qu'elle a subi une atteinte à sa réputation. Dans cette seconde hypothèse, chaque tribunal ne pourra statuer que sur le dommage subi dans son propre ressort territorial (*die sogennante Mosaikbetrachtung*). La Cour rappelle également que :

« S'il est vrai que le jugement des divers aspects d'un même litige par des tribunaux différents présente des inconvénients, le demandeur a cependant toujours la faculté de porter l'ensemble de sa demande devant le tribunal soit du domicile du défendeur, soit du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire. »<sup>58</sup>

La CJUE crée ainsi pour la première fois « une hiérarchie entre le juge du dommage et celui du fait générateur. »<sup>59</sup>

Dans le cadre de notre exemple, A pourrait donc saisir les tribunaux français afin d'obtenir une réparation totale de son préjudice ou bien saisir simultanément les juridictions françaises, allemandes, ivoiriennes et anglaises afin d'obtenir réparation pour chaque préjudice subi dans chacun de ses pays.

Autre question soulevée par l'arrêt *Mines de potasse*, celle de savoir si la victime par ricochet peut également se prévaloir de la dissociation entre le lieu du fait générateur et le lieu de survenance du dommage. Afin d'éviter un *forum actoris* au profit de la victime par ricochet, la Cour de justice répond de manière négative.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, Aff. C-68/93.

<sup>58</sup> *Id.*, point 32.

<sup>59</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 387.

<sup>60</sup> CJCE, 11 janv. 1990, *Soc. Dumez*, Aff. C-220/88, *Rev. crit. DIP*, 1990. 368, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 1990, 1990. 497, obs. A. Huet : « la notion de lieu où le fait dommageable s'est produit qui figure à l'article 5,

La solution de l'arrêt *Fiona Shevill*, bien que dégagée par la Cour avant l'apparition d'Internet, a été étendue à ce domaine. Or, dans le cadre de délits commis par le biais d'Internet, le critère de la diffusion entraîne de nombreuses difficultés. En effet, celui qui met en ligne un contenu, contrairement à l'éditeur de presse ou au patron de radio ou de télévision, n'a, pour ainsi dire, aucun moyen de limiter sa diffusion. En matière de médias dits « classiques », le territoire de diffusion est clairement déterminé tandis que dans le cas d'un contenu mis en ligne, ce dernier sera accessible dans le monde entier, sans que le responsable n'ait à entreprendre de démarches de diffusion spécifiques. Il n'y a, par exemple, aucun besoin de vendre un support de presse. Le lieu du dommage est alors difficilement déterminable. Le lieu du fait générateur s'entend, quant à lui, du lieu où les données ont été mises en ligne, c'est à dire le lieu où se trouve le serveur. Il a également été reconnu que le lieu où le contenu avait été mis en ligne pouvait être considéré comme lieu du dommage. Cependant, ce seul critère entraîne également l'éventuelle compétence d'une multitude de juridictions. La jurisprudence allemande s'est alors efforcée d'instaurer des critères de limitation tels le conflit des intérêts, le ressenti de la violation de la concurrence...<sup>61</sup> Elle s'efforce depuis d'établir la nécessité de liens étroits avec l'Allemagne afin de fonder la compétence de ses tribunaux.<sup>62</sup> De tels liens fondent, selon la Cour de justice, la compétence des juridictions des États membres afin de réparer la totalité des dommages découlant de l'atteinte aux droits de la personnalité. L'État dont les juridictions seront compétentes sera alors celui dans lequel se trouve le « centre de gravité du conflit », c'est-à-dire « celui sur le territoire duquel l'information litigieuse est objectivement et particulièrement pertinente et où le titulaire du droit de la personnalité a également le 'centre de ses intérêts'. »<sup>63</sup>

Dans le cadre de notre exemple, pris cette fois-ci dans son ensemble, il apparaît peu probable que A saisisse les tribunaux d'autres pays que la France ou l'Angleterre. Le site étant libre d'accès, A a pu subir des dommages dans un nombre de pays indéfinissable et seuls les tribunaux français lui assurent une réparation totale du préjudice qu'il a subi. A a néanmoins toujours la possibilité de saisir les tribunaux des pays où il estime avoir subi un dommage. Ces tribunaux disposent alors d'une compétence territorialement limitée qui ne lui assure une réparation que pour le préjudice subi dans chacun de ces États au cas par cas.

---

point 3, de la Convention peut viser le lieu où le dommage est survenu, cette dernière notion ne saurait être comprise que comme désignant le lieu où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate. »

<sup>61</sup> BGH, 10.11.2009, VI-ZR 217/08.

<sup>62</sup> J. Adolphsen, *Internationales Verfahrensrecht*, Springer-Verlag, 2011, p.96.

<sup>63</sup> Conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalon, 20 mars 2011, Aff. C-509/09 et C-161/10.

Ainsi, si en matière de délits de presse, la solution peut sembler satisfaisante, en matière de délits commis par le biais d'Internet, certaines problématiques restent entières. Pourtant, les règles de répartition de compétences entre les différents fors compétents dégagées dans l'arrêt *Fiona Shevill* sont généralement appliquées, par analogie, aux cyberdélits.<sup>64</sup>

## **Section 2 : La consécration de la théorie de l'accessibilité**

Nous verrons que l'extension des règles issues de la jurisprudence *Fiona Shevill* a abouti à l'admission d'une compétence universelle des juridictions françaises et allemandes (§ 1), solution ainsi inadaptée aux spécificités propres à l'environnement de l'Internet (§ 2).

### *Paragraphe 1 : L'admission d'une compétence universelle en matière de cyberdélits*

Avant d'être supplanté par l'Internet, le Minitel, lancé en 1982 par France Télécom, a lui aussi engendré des difficultés quant à la détermination du tribunal compétent. Le réseau étant fermé, il ne s'agissait alors pas de déterminer la juridiction compétente mais le tribunal compétent. En effet, les situations n'étaient alors pas de nature transfrontalière. La Cour de cassation, dans une affaire de contrefaçon de marques, admet alors en 2000 :

« Ayant constaté que le service télématique, dont le code d'appel est litigieux, était accessible à Paris, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que le dommage ayant été subi dans cette ville, le TGI de Paris était compétent. »<sup>65</sup>

Bien que l'ubiquité du réseau Internet soit, quant à elle, à l'origine même de la nature bien souvent transfrontalière des conflits, ce même raisonnement est appliqué par la Cour d'appel de Paris dès 2000 s'agissant du réseau :

« Lorsqu'une infraction aux droits de la propriété intellectuelle ou un acte de concurrence déloyale a été commis par une diffusion sur le réseau Internet, le fait

---

<sup>64</sup> B. Beignier, B. de Lamy, E. Dreyer, dir., *Traité de droit de la presse et des médias*, op. cit.

<sup>65</sup> Cass, Com, 7 mars 2000, M.P. contre Société nationale de télévision France 2.

dommageable se produit en tous lieux où les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs éventuels du site. »<sup>66</sup>

Cette solution s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle dégagée par les Tribunaux de grande instance s'agissant de l'application de l'article 46 NCPC.<sup>67</sup>

Dès 2002, cette solution est appliquée et précisée par les juridictions allemandes s'agissant de délits commis par le biais d'Internet également dans le domaine du droit des marques. En effet, les tribunaux régionaux supérieurs allemands (*die Oberlandsgerichte*) de Hambourg et de Karlsruhe ont, pour fonder leur compétence, affirmé qu'il suffit que « d'après les allégations du demandeur, les informations considérées comme constitutives d'une violation du droit exclusif qu'il détient sur sa marque soient accessibles en Allemagne sous le nom de domaine dont il est question » et que « dans le domaine du droit des marques sur Internet, le lieu où le préjudice se réalise coïncide avec le lieu où les informations peuvent être consultées. »<sup>68</sup> La compétence des juridictions allemandes ne saurait alors être fondée sur l'existence d'un lien suffisant entre le site internet et l'Allemagne ; la simple accessibilité du site en Allemagne suffit. La Cour fédérale allemande (*der Bundesgerichtshof*) confirme cette solution dans une décision du 13 octobre 2004.<sup>69</sup> La compétence spéciale de l'article 5 § 3 de la Convention de Bruxelles de 1968 (en vigueur à l'époque de l'introduction de l'instance)<sup>70</sup> se trouve ainsi considérablement élargie.

Un an plus tard, c'est au tour de la Cour de cassation de consacrer le critère de l'accessibilité d'un site depuis le territoire français afin de fonder sa compétence internationale. Il s'agit alors de l'affaire *Roederer*<sup>71</sup> concernant, tout comme les décisions allemandes, l'application de l'article 5 § 3 de la Convention de Bruxelles.<sup>72</sup> La Cour de cassation affirme alors :

---

<sup>66</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 2000.

<sup>67</sup> TGI Draguignan, 21 août 1997, Commune de Saint-Tropez contre Eurovirtuel ; TGI Nanterre, 13 oct. 1997, SG2 contre Brokat, Aff. Payline ; TGI Paris, 12 fév. 1999.

<sup>68</sup> OLG Hamburg, 2.5.2002 ; OLG Karlsruhe, 21.7.2002.

<sup>69</sup> BGH, 13.10.2004, NJW 2005, 1435.

<sup>70</sup> Art. 66 I du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : « Les dispositions du présent règlement ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur ».

<sup>71</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, Société Castellblanch contre Société Champagne Louis Roederer, *P. B.* 2003 I, n° 245, p. 195.

<sup>72</sup> Plus précisément, il s'agissait, en l'espèce, de la Convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 étendant l'applicabilité de la Convention de Bruxelles à l'Espagne et au Portugal, applicable à l'époque des faits. Art. 66 I du Règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des

« Qu'en admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne, la cour d'appel qui a constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel, a légalement justifié cette décision. »<sup>73</sup>

Les juridictions françaises et allemandes fondent ainsi leur compétence sur la simple accessibilité du site depuis leur territoire. Elles ne font, en outre, ni l'une ni l'autre, la distinction entre site « actif », c'est à dire visant spécifiquement le public du for, ou « passif », c'est-à-dire ne visant pas spécifiquement un autre public que celui du territoire sur lequel le site est mis en ligne.<sup>74</sup> La Cour de cassation le précise clairement dans son arrêt tandis qu'il découle de la formulation du tribunal régional allemand « lieu où les informations peuvent être consultées » que ce dernier n'établit pas cette différenciation. La potentielle accessibilité suffit alors.

La Cour de cassation explique cette position dans un rapport de 2005 :

« En décider autrement aurait favorisé l'émetteur, en accumulant les obstacles concrets à l'action tendant à la réparation de dommages causés par son comportement, alors même que le plaignant ne les aurait subis qu'en France, de sorte qu'il convenait d'éviter en pareil cas un épuisant débat de compétence, qui n'aurait paradoxalement pu se résoudre qu'à l'issue d'un jugement au fond, qui, examinant la réalité de l'atteinte, en déduirait, enfin, que c'était bien en France, ou non, que l'action devrait être formée. »<sup>75</sup>

Il ressort de ces décisions que les juridictions françaises et allemandes ont consacré une compétence pouvant être qualifiée d'universelle en matière de délit commis par le biais d'Internet dans la mesure où tout internaute, français ou allemand, peut alors saisir les juridictions de son pays s'il s'estime victime d'un tel délit. Cette solution, admise dans un premier temps, ne manque pourtant pas d'être largement critiquée.

---

décisions en matière civile et commerciale : « Les dispositions du présent règlement ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur ».

<sup>73</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, Société Castellblanch contre Société Champagne Louis Roederer, *op. cit.*

<sup>74</sup> S'agissant de la mise en œuvre de la distinction entre « site actif » et « site passif » : Cour du district de l'Etat de New York, 9 sept. 1996, Bensusan Restaurant Corporation c. King, 937 F. Supp. 295, confirmé en appel par une cour du deuxième circuit, 10 sept. 1997, 126 F. 3d. 25.

<sup>75</sup> Rapport de la Cour de cassation 2005 : « L'innovation technologique », Documentation française, 2006, p. 64.

## Paragraphe 2 : Une solution inadaptée aux spécificités d'Internet

L'objectif de l'adaptation des règles de compétence au domaine des cyberdélits consiste à « éviter que l'ubiquité des activités conduise à une application imprévisible des règles de compétence. »<sup>76</sup> Or, la consécration de la théorie de l'accessibilité en France et en Allemagne conduit à une compétence internationale universelle de leurs juridictions. L'option de compétence offerte au demandeur aboutit, en effet, à la compétence des juridictions françaises ou allemandes dès lors que le demandeur prétend avoir subi un dommage sur le territoire de la juridiction concernée. Si tous les pays adoptaient de telles règles, l'auteur d'un délit civil pourrait alors être attiré devant les juridictions de l'un des près de 200 États que compte le monde et ce, quel que soit le lieu d'hébergement du site internet.<sup>77</sup> Ainsi, si ces règles ont été dégagées en recherchant un rattachement concret avec un territoire donné, elles permettent en fait à toutes les juridictions nationales de se reconnaître compétentes, faisant d'Internet un lieu « surréglementé » et accroissant ainsi les risques de *forum shopping*.<sup>78</sup> Une telle solution est alors source d'imprévisibilité et d'insécurité juridique. Charles de Haas dénonce ainsi l'omnipotence du juge français en matière de cyberdélit<sup>79</sup> ; raisonnement que l'on peut alors appliquer, par analogie, à la solution allemande.

L'application, par analogie, de la solution dégagée par la CJCE dans l'affaire *Fiona Shevill* paraît ainsi inadaptée à l'univers numérique, comme le souligne Thibault Verbiest :

« Le critère de la compétence de l'article 5 de la Convention de Bruxelles, tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes, aboutit à une universalisation de la compétence des tribunaux dès lors que l'acte litigieux a été commis sur le réseau. »<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> F. Marchadier, « Le for du délit virtuel », *Légipresse* n° 228, janvier - février 2006, p. 8.

<sup>77</sup> A l'exception des zones ne permettant pas un accès à Internet.

<sup>78</sup> Terme anglais, sans équivalent en français faisant état de la « possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts », G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 473.

<sup>79</sup> C. de Haas, « L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'Internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée », *LPA*, 13 novembre 2001 n° 226, p. 4.

<sup>80</sup> T. Verbiest, « Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente », *L'écho*, 16 novembre 2000.

Or, comme nous l'avons remarqué plus tôt, le critère de la diffusion est difficilement transposable au réseau numérique.<sup>81</sup> La simple mise en ligne d'un contenu sur Internet entraîne inévitablement sa potentielle consultation de quelque territoire que ce soit sans que la personne concernée n'en ait spécialement eu la volonté active. Il en va autrement de l'éditeur de presse ou du patron de radio ou de télévision qui, quant à lui, témoigne de la volonté explicite de rendre un journal ou une émission accessible sur un territoire donné.

Enfin, l'admission d'une telle compétence universelle n'est pas sans effet sur la reconnaissance des décisions étrangères. En effet, cette dernière se heurtera continuellement à un problème d'exequatur des décisions (du moins dans les pays tiers au Règlement « Bruxelles I ») ce qui est également source d'insécurité juridique dans la mesure où cette procédure donne force exécutoire à la décision.<sup>82</sup>

Face à ce constat, la doctrine et les juges ont recherché d'autres solutions pouvant être appliquées aux cyberdélits. Pour autant, la solution retenue n'est pas, à l'heure actuelle, unanime.

## **Chapitre 2<sup>nd</sup> : Des solutions innovantes à l'avenir incertain**

Les problématiques soulevées par l'admission d'une compétence universelle des juridictions françaises et allemandes en matière de cyberdélits ont poussé au développement d'autres rattachements. Face à cette situation, l'observation des solutions étrangères, et notamment américaines, peut s'avérer utile. C'est ainsi qu'a émergée la théorie de la focalisation en Europe. L'essor de cette théorie en France et en Allemagne (Section 1) fait pourtant preuve d'instabilité (Section 2).

---

<sup>81</sup> Voir *supra*, p. 19.

<sup>82</sup> F. Marchadier, « Le for du délit virtuel », *op. cit.* G. Lardeux, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits », *Recueil Dalloz*, 13 mai 2010 n° 19, p. 1185.

## Section 1 : L'essor de la théorie de la focalisation

Issue de la jurisprudence américaine (§ 1), la théorie de la focalisation va être appliquée par les juges de la Cour d'appel de Paris et les juridictions allemandes (§ 2). On assiste ainsi à un accroissement des exigences afin de fonder l'exercice de la compétence juridictionnelle.

### Paragraphe 1 : Des États Unis à l'Europe

Le réseau internet a été développé par les États-Unis, plus précisément par le Pentagone, afin de sécuriser les communications militaires américaines. Il permettait, en effet, de rendre les informations accessibles en cas d'attaques et de destruction des moyens de communication traditionnels.<sup>83</sup> Par la suite, les États-Unis ont ainsi été les premiers à ouvrir le réseau au grand public et, par conséquent, à connaître des problématiques en découlant. Les juges américains ont donc été précurseurs sur les questions de compétence concernant des litiges relevant du droit d'Internet. L'approche américaine est significativement différente des solutions jusqu'alors dégagées par les juridictions françaises et allemandes ; elle n'aboutit pas à la consécration d'une compétence universelle en matière de contentieux nés d'Internet.

La jurisprudence américaine applique à ce contentieux particulier la méthode de la focalisation. Le célèbre arrêt de la Cour suprême, rendu dans le cadre de l'affaire *International Shoe Co contre Washington*<sup>84</sup> de 1945, rend compte de la voie suivie par les juridictions américaines. Les juges ont, en l'espèce, exigé des points de contact suffisants entre le litige et le for, afin de fonder leur compétence. En outre, les juges américains ont l'obligation de respecter l'obligation constitutionnelle de *due process*.<sup>85</sup> Il en découle l'exigence d'un lien de proximité entre le litige et le tribunal compétent ; la simple accessibilité des informations illicites sur le territoire américain ne suffit pas.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Il s'agit alors de l'ARPANET développé à la « Defense Advanced Research Projects Agency » (agence pour les projets de recherche avancée de défense) dans les années 1960.

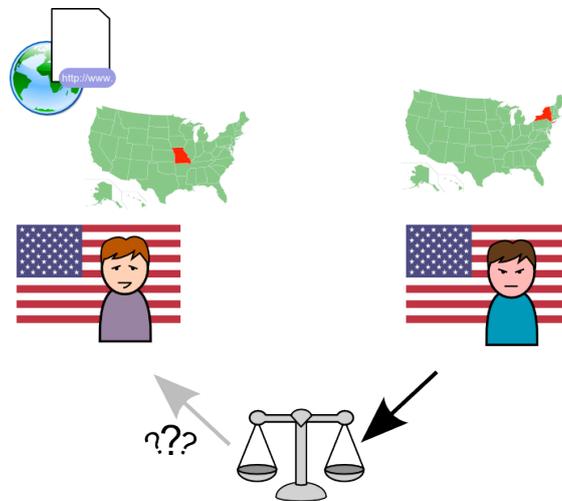
<sup>84</sup> Cour suprême américaine, 3 déc. 1945, *International Shoe c/ State of Washington*, 326 U.S. 310.

<sup>85</sup> Art. V, XIV de la Constitution des États-Unis d'Amérique.

<sup>86</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 435.

Comme le décrivent Horatia Muir Watt et Dominique Bureau, cette exigence se comprend au regard de la structure des règles de compétence juridictionnelle américaines.<sup>87</sup> Ces dernières, en exigeant des liens soit entre le défendeur et le for (compétence générale) soit entre le litige et le for (compétence spéciale), doivent remplir la condition de *due process*. Un lien quelconque n'est alors pas suffisant. La prévisibilité du demandeur est, en effet, significative : la situation litigieuse doit être juste.

Il convient d'observer comment, par exemple, dans l'affaire dite *Blue Note*,<sup>88</sup> le juge américain a fait application de cette théorie en matière de délits commis par le biais d'Internet. En l'espèce, l'exploitant d'une boîte de nuit, « The Blue Note » de Columbia, Missouri, en fait la promotion sur un site internet. Or, un club de jazz new-yorkais appelé « The Blue Note » détenait une marque fédérale pour le nom en question (cas n° 3).



**Illustration du cas n° 3 : auteur du délit américain du Missouri et demandeur américain de l'État de New York**

Il a, en outre, été constaté par la Cour que l'exploitant de Columbia avait connaissance du club new-yorkais.<sup>89</sup> L'exploitant new-yorkais a donc intenté une action en contrefaçon de marque à l'encontre de l'exploitant de Columbia. La Cour a noté que le site internet n'était pas activement dirigé vers le public new-yorkais. Elle a, entre autres, retenu que le site ne comportait pas de billetterie en ligne ; ce qui obligeait le public new-yorkais à entreprendre des mesures positives afin d'amener un produit contrefait dans l'État de New York. Selon la

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Cour du district de l'Etat de New York, 9 sept. 1996, *Bensusan Restaurant Corporation c/ King*, 937 F. Supp. 295, confirmé en appel par une cour du deuxième circuit, 10 sept. 1997, 126 F. 3d. 25.

<sup>89</sup> Il était déclaré sur le site litigieux : « Le site Web du Blue Note ne devrait pas être confondu avec une des meilleures boîtes de jazz au monde, le Blue Note, situé au cœur de Greenwich Village à New York. Si jamais vous passez par là, rendez leur visite ».

Cour, le site internet ne donne ainsi lieu à aucune contrefaçon dans cet État, ce qui la rend incompétente :

« Le simple fait qu'une personne puisse obtenir de l'information au sujet du produit prétendument contrefait ne saurait être assimilé à une personne qui fait de la publicité, de la promotion, de la vente ou quelque autre effort pour diriger son produit sur l'État de New York. »<sup>90</sup>

Pour établir que l'activité est « focalisée », ou dirons-nous plutôt dirigée, vers les États-Unis, le juge américain opère une distinction entre sites « actifs » et sites « passifs ». Cette solution a été confirmée en appel et a donné lieu à une nouvelle lignée jurisprudentielle.<sup>91</sup> Le critère de la distinction entre sites « actifs » et sites « passifs », dès lors dégagé, a été repris dans de nombreux jugements américains.<sup>92</sup>

Face aux critiques à l'encontre de la théorie de l'accessibilité retenue en France et en Allemagne,<sup>93</sup> il n'est pas surprenant que ces deux pays se soient penchés sur cette nouvelle solution et aient décidé d'emprunter ce concept de focalisation à la jurisprudence américaine. Développé, en France, par Olivier Cachard,<sup>94</sup> ce concept « apporte une réponse à la difficulté de déterminer dans quelle mesure la seule accessibilité d'un site dans le ressort d'un État justifie l'exercice par celui-ci de sa compétence juridictionnelle et législative. »<sup>95</sup>

Néanmoins, les règles de compétence juridictionnelle françaises et allemandes étant formulées de manière rigide et prévisible, ce concept ne peut faire l'objet d'une simple « greffe juridique »<sup>96</sup> ; une adaptation s'avère donc nécessaire.

---

<sup>90</sup> Cour du district de l'Etat de New York, 9 sept. 1996, *Bensusan Restaurant Corporation c/ King*, *op. cit.*

<sup>91</sup> À titre d'exemple : le jugement de la Cour de district de l'Etat de New York de 1997 dans l'affaire *Hearst Corporation c. Goldberger*, 1997 WL 97097.

<sup>92</sup> À titre d'exemples : Cour du 9<sup>ème</sup> circuit, 1997, *Cybersell, Inc. c/ Cybersell, Inc.*, 130 F. 3d. 414 ; *Amberson Holdings LLC c/ Westside Story Newspaper*, 110 F.Supp.2d 332 (U.S.D.C., D. New Jersey, 2000) ; *Citigroup c/ City Holding Co.*, 97 F.Supp.2d 549 (S.D.N.Y., 2000) ; *Jewish Defence Organization, Inc. c. Superior Court*, 85 Cal. Rptr. 2d 611 (Cal.App. 2 Dist., 1999).

<sup>93</sup> Voir *supra*, p. 23 et s.

<sup>94</sup> O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002.

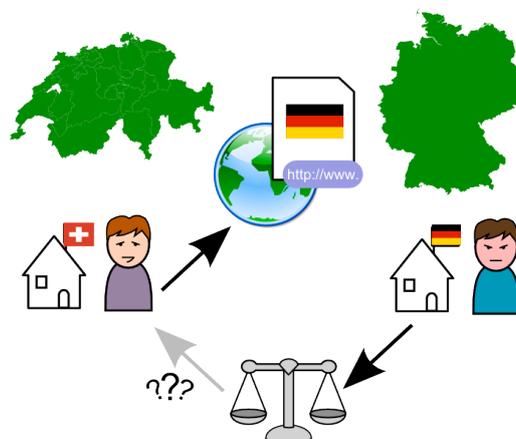
<sup>95</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 435.

<sup>96</sup> Concept de « legal transplant » développé dans les années 1970 par le Professeur W.A.J. « Alan » Watson faisant état de la reprise pure et simple d'une règle étrangère dans son propre droit.

Paragraphe 2 : L'application en France et en Allemagne : vers un accroissement des exigences

L'emprunt du concept de focalisation à la jurisprudence américaine par les juridictions françaises et allemandes se fait ressentir véritablement en 2006. C'est, en effet, à cette époque qu'apparaît, en France et en Allemagne, la nécessité de liens de rattachement entre le site litigieux et le territoire ou le public du for concerné. Ainsi, la Cour fédérale allemande (*der Bundesgerichtshof*), dans sa décision du 30 mars 2006, a exigé, pour fonder sa compétence sur la base de l'article 5 § 3 du Règlement « Bruxelles I », que l'activité mise en cause soit « dirigée vers l'Allemagne ». <sup>97</sup> La solution consacrée par la cour allemande n'a pas été remise en cause et a été suivie par les juges du fond. <sup>98</sup> Pour fonder leur compétence, les juridictions allemandes exigent ainsi que le site en question soit considéré comme « actif » sur le territoire allemand, critère qui est rempli lorsqu'elles établissent que le public allemand était visé. Les éléments pouvant être pris en compte à cette fin ne sont pas exhaustifs ; il peut s'agir de la langue utilisée, de la monnaie employée, d'unités de mesure, de l'extension géographique du nom de domaine... <sup>99</sup> Ainsi dans l'affaire *Yahoo !*, l'utilisation de la langue française ainsi que la présence, sur le site litigieux, de publicité pour des marques françaises ont avéré que le site était bien dirigé vers le public français. <sup>100</sup>

Prenons un exemple dans le domaine du droit des marques. La Cour d'appel de Munich, dans un jugement du 8 octobre 2009, <sup>101</sup> n'a pas retenu sa compétence au motif que l'activité n'était pas, selon elle, dirigée vers le public allemand (cas n° 4).



**Illustration du cas n° 4 : auteur du délit suisse et demandeur allemand**

<sup>97</sup> BGH, 30.03.2006, NJW 2006, 2630.

<sup>98</sup> OLG München, 08.10.2009 ; OLG Köln, 30.10.2007 ; LG Düsseldorf, 09.1.2008.

<sup>99</sup> F. Marchadier, « Le for du délit virtuel », *op. cit.*, p. 13.

<sup>100</sup> TGI Paris, 20 nov.2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, *JCP* 2000, Act., p. 2214.

<sup>101</sup> OLG München, 08.10.2009.

Elle retenait alors que l'utilisation de la langue allemande n'était, en l'espèce, pas pertinente dans la mesure où l'allemand est également une langue utilisée en Suisse et que les prix étaient exclusivement donnés en francs suisses. À ce titre, l'activité est dirigée non pas vers le public allemand mais vers le public suisse ; ce qui écarte la compétence des juridictions allemandes. De nombreuses décisions font état de cette solution d'exigence de lien suffisant avec l'Allemagne<sup>102</sup> ; la ligne jurisprudentielle des tribunaux allemands est donc clairement tracée en la matière.<sup>103</sup>

A l'inverse, l'utilisation de cette méthode par les juridictions françaises n'a pas été consacrée par la Cour de cassation ; ce qui la rend discutable. Ce revirement, quant à la détermination de la compétence, provient de la Cour d'appel de Paris. Un premier arrêt de la Cour d'appel d'Orléans de 2003<sup>104</sup> avait fait naître les prémisses de l'application de la théorie de la focalisation en déclinant la compétence de la Cour au motif d'une accessibilité trop faible, de la non diffusion des articles en France et d'une manipulation complexe du site litigieux. Pour autant, cette solution n'a pas connu à l'époque de retentissements et a été infléchie par les arrêts de la Cour de cassation consacrant la théorie de l'accessibilité.<sup>105</sup>

Quelques années plus tard, la Cour d'appel de Paris relance un mouvement jurisprudentiel en la faveur de la focalisation. Elle se démarque, en effet, en la matière, puisqu'elle estime dans un arrêt du 26 avril 2006 :

« Sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont eu pour support technique le réseau Internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué. »<sup>106</sup>

Si la position de la Cour peut paraître, en premier lieu, hésitante en raison d'un arrêt contradictoire rendu également en 2006,<sup>107</sup> une position de principe semble avoir été

---

<sup>102</sup> A titre d'exemples : OLG Köln, 30.10.2007 ; LG Düsseldorf, 09.1.2008.

<sup>103</sup> R. Di Noto, « La compétence internationale des juridictions françaises et allemandes en matière de cyberdélits de concurrence déloyale et de contrefaçon », 17 avril 2009, disponible sur : [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com) (Accès au site le 28 octobre 2011).

<sup>104</sup> CA Orléans, 6 mai 2003, SA les jolies céramiques, *RCDIP* 2004 p. 139 note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>105</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, Société Castellbanch contre Société Champagne Louis Roederer, *op. cit.* ; Cass. Com., 11 janvier 2005, Société Hugo Boss contre Société Reemstma Cigarettenfabriken GmbH D. 2005 p. 428, obs. C. Manara ; J. Passa ; *RLDI* 2005/4 n° 109, G. Teissonnière ; *RLDI* 2005/2 p. 57, obs. L. Costes ; *RLDI* 2005/5 n° 140, N. Martin.

<sup>106</sup> CA Paris, 4<sup>ème</sup> chambre A, 26 avril 2006, Ferrand S. et SA Normalu contre SARL Acet.

<sup>107</sup> CA Paris, 28 juin 2006, SARL Google, Société Google Inc contre SA Louis Vuitton Malletier où la compétence du juge est fondée sur la simple visualisation d'annonces frauduleuses.

dégagée par la Cour dans son arrêt du 6 juin 2007 *Société Google INC et Google France contre Axa et autres* dit *Axa* dans lequel elle reprend la motivation précitée de l'arrêt du 26 avril 2006 et ajoute :

« 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*. »<sup>108</sup>

La Cour remet ainsi en cause le fait de fonder sa compétence sur la simple accessibilité du site sur le territoire français, malgré la position de la Cour de cassation à ce sujet.<sup>109</sup> Si la visualisation en France de l'élément litigieux est nécessaire, ce dernier n'est cependant pas suffisant selon la Cour d'appel de Paris. Il faut en plus qu'un « lien suffisant, substantiel ou significatif » puisse être constaté avec la France. Pour ce faire, la Cour utilise la méthode du faisceau d'indices et observe si le public français était visé ou non par le site en question (les mêmes éléments que le juge allemand peuvent être appréciés *in concreto* tels la langue utilisée, la monnaie employée...). Il convient néanmoins de constater que la langue utilisée ne peut, à elle seule, être à l'origine d'un « lien suffisant, substantiel ou significatif ». Cela ressort à la fois de l'arrêt *Axa*, dans lequel le juge a estimé que les outils de traduction offerts par Google ne permettaient pas d'exclure la compétence des juridictions françaises, du fait de la rédaction du site en langue étrangère, et de l'arrêt du Tribunal de grande instance de Nice du 7 février 2006,<sup>110</sup> dans lequel le juge estime que la rédaction en langue anglaise d'un site internet n'exclut pas automatiquement sa compétence, dans la mesure où il s'agissait de la langue de travail des personnes visées. La Cour d'appel de Paris a réaffirmé cette position, par exemple, dans un arrêt du 9 novembre 2007,<sup>111</sup> dans lequel elle se déclare incompétente faute de « lien suffisant, substantiel ou significatif ». La chambre commerciale de la Cour de cassation, par plusieurs arrêts,<sup>112</sup> semblait également délaisser petit à petit la présomption de localisation du dommage dans le for pour préférer l'établissement de la focalisation. Pour autant, cette solution n'a pas été suivie par la première chambre qui campe sur ses positions.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> Voir *supra*, p. 21 et s.

<sup>110</sup> TGI Nice, 7 fév. 2006 : « Il convient en outre de relever sur ce point que le logiciel dont il s'agit est à l'évidence destiné à des utilisateurs de type « webmasters », dont la langue de travail est l'anglais et qui n'ont pas du reste pour habitude de cantonner leurs recherches de logiciels aux sites français ».

<sup>111</sup> CA Paris, 9 nov. 2007, eBay Europe et eBay France contre DWC.

<sup>112</sup> Cass. com., 11 janv. 2005, n° 02-18.381, *JCP E* 2005, 571, note Castets-Renard C.. Cass. com., 19 juill. 2007, L'Oréal.

<sup>113</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, Société Castellblanch contre Société Champagne Louis Roederer, *op. cit.*

La distinction entre sites « actifs » et sites « passifs » se retrouve alors au cœur de la question de la compétence juridictionnelle française et allemande.

## **Section 2 : Une méthode faisant preuve d'instabilité**

L'instabilité dont fait preuve la méthode de la focalisation apparaît notamment au regard de l'indécision des juridictions françaises quant à son application (§ 1). En outre, cette méthode n'est pas exempte de toute critique (§ 2).

### *Paragraphe 1 : Une indécision française sur la pertinence de la focalisation*

Si, en Allemagne, la Cour fédérale (*der Bundesgerichtshof*) a consacré le recours à la méthode de la focalisation et donc au faisceau d'indices afin d'établir que le public allemand était visé et donc sa compétence,<sup>114</sup> tel n'est pas le cas en France. La première chambre de la Cour de cassation a clairement établi que la simple accessibilité au site litigieux permettait de fonder la compétence des juridictions nationales.<sup>115</sup> La Cour d'appel de Paris a depuis ignoré cette position au risque que ses arrêts se trouvent sanctionnés par la Cour de cassation. Cette dernière a, en effet, affirmé la nécessité d'un « lien suffisant, substantiel ou significatif » entre les faits reprochés au défendeur et le dommage subi par le demandeur en France. Il n'apparaît alors pas surprenant que la Cour de cassation, lorsqu'elle eut à se prononcer dans le cadre de l'affaire *Axa*, casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris déclarant les juridictions françaises incompétentes du fait de l'inexistence d'un tel lien. La Cour de cassation réaffirme ainsi sa solution de principe.<sup>116</sup>

Un autre arrêt semble marquer un retour à la méthode de l'accessibilité en France. En effet, contre toute attente, la Cour d'appel de Paris a appliqué le critère de l'accessibilité au site Internet pour fonder sa compétence dans un arrêt du 2 décembre 2009,<sup>117</sup> solution à laquelle elle se refusait jusqu'alors. Elle ne fait ainsi plus œuvre de résistance à l'égard de la

---

<sup>114</sup> Voir *supra*, p. 28 et s.

<sup>115</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2003, Société Castellblanch contre Société Champagne Louis Roederer, *op. cit.*

<sup>116</sup> Cass. com., 23 nov. 2010, F-D Sociétés Axa, Finaxa contre Google Inc et Google France, *op. cit.*

<sup>117</sup> CA Paris, pôle 1, 2<sup>ème</sup> chambre, 2 déc. 2009, eBay Europe, France et Inc contre Société Maceo.

position de la Cour de cassation.<sup>118</sup> Cette solution inattendue sème le trouble et conforte l'instabilité dont fait preuve la jurisprudence sur la question de la détermination de la compétence en matière de cyberdélits. Or, un chef de compétence uniforme est nécessaire aux fins d'une meilleure sécurité juridique.

Il appartient désormais à la Cour de justice de se prononcer sur l'application de l'article 5 § 3 du Règlement « Bruxelles I » en matière de cyberdélits. Deux questions préjudicielles ont ainsi été posées à la Cour, l'une présentée par le TGI de Paris, l'autre par la Cour fédérale allemande,<sup>119</sup> afin qu'elle détermine si la simple accessibilité du site litigieux dans un État membre donne compétence aux juridictions de cet État sur le fondement de l'article 5 § 3 du Règlement « Bruxelles I » ou si un « lien de rattachement suffisant, substantiel ou significatif » est nécessaire. La Cour reconnaît le besoin impérieux de trancher cette question :

« Les réponses que notre jurisprudence a jusqu'à maintenant proposées ne peuvent s'adapter au caractère universel et libre de l'information diffusée sur Internet sans qu'y soient apportées certaines nuances, voire davantage. »<sup>120</sup>

La Cour de justice reprend alors la solution dégagée dans l'affaire *Fiona Shevill* de 1995 avec une nuance semblant introduire la méthode du faisceau d'indices :

« L'expression 'lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire', utilisée à l'article 5, point 3, du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprétée, en cas d'atteinte à des droits de la personnalité, par le biais d'informations diffusées dans plusieurs États membres par l'intermédiaire d'Internet, en ce sens que le titulaire du droit de la personnalité peut engager une action en dommages et intérêts :

- devant les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication ayant porté atteinte aux droits de la personnalité, qui sont compétentes pour réparer la totalité des dommages découlant de l'atteinte auxdits droits, ou bien

---

<sup>118</sup> A. Mendoza-Caminade, « Conflit de juridictions et délit commis sur Internet », *La semaine juridique – Edition entreprise et affaires* n° 11, 18 mars 2010, p. 28.

<sup>119</sup> Demande de question préjudicielle présentée par le TGI Paris, 6 avril 2010, Aff. C-161/10 : *JOUE* n° C148, 5 juin 2010, p. 21. Demande de question préjudicielle présentée par le BGH, 9 déc. 2009, Aff. C-509/09, eDate Advertising GmbH : *JOUE* n° C134, 22 mai 2010, p. 14.

<sup>120</sup> Conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalon, 20 mars 2011, Aff. C-509/09 et C-161/10.

- devant les juridictions de tout État membre dans lequel la publication a été diffusée et dans lequel le titulaire du droit de la personnalité affirme avoir subi une atteinte à sa réputation, qui sont compétentes pour connaître uniquement des dommages causés dans l'État membre de la juridiction saisie, ou bien

- devant les juridictions de l'État membre dans lequel est situé le 'centre de gravité du conflit' entre les biens et intérêts en jeu, qui sont ainsi compétentes pour réparer la totalité des dommages découlant de l'atteinte aux droits de la personnalité. On entend par 'État membre dans lequel est situé le "centre de gravité du conflit"' celui sur le territoire duquel l'information litigieuse est objectivement et particulièrement pertinente et où le titulaire du droit de la personnalité a également le 'centre de ses intérêts'. »<sup>121</sup>

Reste à voir si cette solution ainsi dégagée en matière de droits de la personnalité sera confirmée concernant d'autres types de délits commis par le biais d'Internet afin que la nécessité d'un lien de rattachement suffisant soit pleinement consacré et que les juridictions des États membres se conforment à cette solution. La Cour semble ainsi se rallier à la méthode de la focalisation, comme elle l'avait fait dans le cadre des affaires *Peter Pammer et Hotel Alpenhof*<sup>122</sup> en matière de contrats de consommation, même si elle avait peu convaincu de par les faiblesses de son raisonnement.<sup>123</sup> Il n'en reste pas moins qu'un chef de compétence commun, harmonisé, permettrait, enfin, de garantir une meilleure sécurité juridique en la matière.

Malgré les discordances dont font preuve les juridictions françaises à l'égard de la méthode de la focalisation, la Cour de justice semble se déclarer en faveur d'une telle solution. Il convient alors d'observer quelles difficultés de mise en œuvre y sont liées.

---

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> CJUE, grande chambre, 7 déc. 2010, Aff. C-585/08 et C-144/09, *Peter Pammer, Hotel Alpenhof*.

<sup>123</sup> L. D'Avout, « Internet. Accessibilité ou focalisation : la Cour de justice tranche mais ne convainc pas », *La semaine juridique – Edition générale* n° 5, 31 janvier 2011.

## Paragraphe 2 : Critique de la méthode de la focalisation

Etant donné la difficulté de la question de la compétence juridictionnelle en matière de délits complexes sur Internet, l'on comprend qu'aucune solution aisée n'ait été dégagée. Chaque solution proposée doit faire face à de nombreuses réprobations et la méthode de la focalisation n'échappe pas à la « règle ». En effet, si Olivier Cachard présente cette théorie comme la seule pouvant garantir la « restauration d'une cohérence méthodologique », réponse à « l'impossible uniformité des solutions »,<sup>124</sup> celle-ci implique une analyse du litige au fond dès l'examen de la compétence internationale du juge<sup>125</sup> ; analyse non exempte de toute critique. La question de la compétence juridictionnelle sort alors de son cadre, à savoir le cadre procédural. Le juge chargé de trancher sur sa compétence se voit alors contraint d'examiner le fond du litige ; ce qui le conduit à anticiper la solution potentielle.<sup>126</sup> Au final, trancher sur la compétence selon la méthode de la focalisation revient, pour le juge, à reconnaître sa loi comme applicable. Ce procédé ne rentre pas dans la logique classique des règles de conflit de droit international privé impliquant un raisonnement en deux étapes : la détermination de la juridiction compétente dans un premier temps, puis, dans un second temps, celle de la loi applicable.

Il s'agirait alors de faire du contentieux en matière de délits commis par le biais d'Internet, une catégorie répondant à des règles de droit international privé structurées de manière différente du fait de son originalité. La Cour de cassation, finalement ralliée par la Cour d'appel de Paris, ne semble pas avoir pris ce chemin.<sup>127</sup> Elles se cantonnent à la question procédurale, laissant celle de la loi applicable à un examen postérieur.

Autre limite inhérente à cette méthode, la possible divergence d'évaluation selon les États des éléments pertinents au titre de la focalisation. Cette limite se comprend au regard de l'appréciation des situations au cas par cas ; ce qui induit une part irréductible d'incertitude.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> O. Cachard, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *op. cit.*

<sup>125</sup> C. Caron, « Contrefaçon ou concurrence déloyale réalisée sur un site Internet étranger : recherche solutions claires désespérément ! », *Comm. Com. Elec.* n° 10, octobre 2007, comm. 119.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> Voir *supra*, p. 31.

<sup>128</sup> F. Marchadier, « Le for du délit virtuel », *op. cit.*, p. 13.

La solution est donc instable. Afin d'éviter la multiplication des fors compétents, la doctrine et les juges ont tenté de restreindre la compétence juridictionnelle en matière de cyberdélicits.<sup>129</sup> Pour autant, la Cour de cassation, finalement ralliée par la Cour d'appel de Paris refusent, pour le moment, de s'y conformer ; ce qui introduit d'autant plus d'incertitude en France sur la question.<sup>130</sup> De manière complémentaire, il convient maintenant d'étudier le problème du conflit de lois. Si le juge applique sa propre règle de conflit de lois,<sup>131</sup> les lois désignées, en tant qu'elles proviennent d'ordres juridiques différents, ne sanctionneront pas les mêmes comportements commis sur Internet. L'on comprend alors l'enjeu de l'étude des règles de conflit de lois qui va suivre ainsi que des conséquences que peuvent entraîner l'utilisation à des fins délictuelles d'Internet dans ce mécanisme.

---

<sup>129</sup> Voir *supra*, p. 28 et s.

<sup>130</sup> Voir *supra*, p. 31 et s.

<sup>131</sup> CJCE, 13 juill. 2006, Roche Nederland BV c/ Frederick Primus, Aff. C-539/03.

## Partie II - Les règles de conflit de lois en matière de cyberdélits : de l'abstraction à la proximité

Le conflit de lois est la partie du droit international privé qui permet de déterminer quelle loi va être appliquée à un litige présentant au moins un élément d'extranéité. Cette étape est nécessaire dans la mesure où il n'existe aucun droit mondial uniforme, à l'image de la *lex mercatoria*<sup>132</sup> par exemple, s'appliquant à Internet. Ainsi, selon les mots prononcés par Jean-Sylvestre Bergé lors d'un colloque organisé à Paris en 2001 sur « Le droit international de l'Internet » :

« L'Internet est un formidable promoteur d'ubiquité et si l'ubiquité n'est pas nécessairement synonyme d'internationalité, il y a entre les deux notions un pas que l'on peut être tenté de franchir. Pour l'internationaliste privatiste, la définition « d'un droit de l'Internet » passe ainsi tout naturellement par ce qui nous est demandé de traiter : la résolution des conflits de lois. »<sup>133</sup>

L'exposé des règles de conflit de lois de droit commun françaises et allemandes n'est pas dénué de sens. Il permet, en effet, de rendre compte de la loi applicable aux matières exclues du champ d'application du règlement européen en la matière, tels les droits de la personnalité, mais aussi de mieux comprendre la lettre de ce dernier. Nous verrons ainsi que si un principe commun a été dégagé au profit de la *lex loci delicti commissi* (Chapitre 1<sup>er</sup>), sa mise en œuvre laisse subsister des divergences ainsi que des problématiques lorsqu'il s'agit de délits complexes tels les cyberdélits (Chapitre 2<sup>nd</sup>).

---

<sup>132</sup> De manière analogue à la *lex mercatoria* (« Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout droit étatique et dont l'application échapperait, pour cette raison, à la méthode du conflit de loi », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 605).

<sup>133</sup> J.-S. Bergé, « La résolution des conflits de lois », in *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Bruylant, 2003, p. 517.

## **Chapitre 1<sup>er</sup> - Le principe *lex loci delicti commissi* : un moyen de réalisation de la règle savignienne imparfait**

Aussi bien les règles de conflit de lois européennes, que celles allemandes et françaises, consacrent la *lex loci delicti commissi* comme applicable en matière délictuelle (Section 1). Pour autant, ce principe apparaît insuffisant au regard de l'ubiquité dont fait preuve l'Internet (Section 2).

### **Section 1 : Le principe *lex loci delicti commissi* en droit européen, français et allemand**

Le principe *lex loci delicti commissi* est consacré à la fois à l'échelle européenne (§ 1) et en droits commun français et allemand (§ 2) en matière délictuelle.

#### *Paragraphe 1 : Le Règlement « Rome II » : un principe au champ d'application limité*

Aucune convention ni aucun règlement européen ne déterminait la loi applicable aux situations délictuelles présentant un ou plusieurs élément(s) d'extranéité jusqu'à l'adoption du Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du 11 juillet 2007, dit « Rome II ». <sup>134</sup> L'élaboration de ce règlement fut pour le moins chaotique. <sup>135</sup> Dès 1967, la Communauté européenne entreprend des travaux aux fins de codification des règles de conflits de lois. <sup>136</sup> Il faudra pourtant attendre 2003 afin qu'une proposition de règlement en matière d'obligations non contractuelles soit soumise par la Commission. <sup>137</sup> Enfin, quatre années de négociations ont été nécessaires avant que ce dernier ne soit adopté par le Conseil, le 28 juin 2007, et voté par le Parlement, le 10 juillet de la même année. Il vient ainsi

---

<sup>134</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>135</sup> F. Guerschoun, S. Piedelièvre, « Le Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *Gazette du Palais* n° 296, 23 octobre 2007, p. 4.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2003 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») COM (2003) 427 final.

compléter le Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 17 juin 2008, dit « Rome I ».<sup>138</sup>

Le Règlement « Rome II » est entré en vigueur le 11 janvier 2009 et précise qu'il ne s'appliquera qu'aux faits générateurs de dommages survenus après cette date.<sup>139</sup> Il est doté d'un caractère universel ; ce qui induit la possibilité d'appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un État membre.<sup>140</sup> Au niveau matériel, le champ d'application du règlement inclut, de manière générale, les obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale dans les situations comportant un conflit de lois.<sup>141</sup> Il s'agit d'un concept « autonome » aux droits de chaque État membre.<sup>142</sup> Il faut néanmoins souligner que les questions relevant de conventions internationales conclues avec des États non membres échappent au règlement.<sup>143</sup> Ce dernier prévoit, en outre, une liste d'exceptions<sup>144</sup> dont la plus significative pour notre étude est celle des « obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation. »<sup>145</sup>

Cette exclusion n'était pas prévue à l'origine du règlement. Elle est le résultat d'un échec des négociations sur la mise en place d'une règle de conflit spéciale en la matière dont les causes proviennent essentiellement, selon Cyril Nourissat, de « considérations politiciennes. »<sup>146</sup> Les États devront donc appliquer leurs propres règles de conflits à ce type de délits malgré la diversité dont elles font preuve et, de ce fait ressurgissent, l'insécurité

---

<sup>138</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») reprenant la majeure partie des règles issues de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

<sup>139</sup> Art. 31 et 32 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>140</sup> Art. 3 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>141</sup> Art. 1 § 1 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>142</sup> Considérant 11 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »). Parallèle avec le Règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. CJCE, 14 octobre 1976, Aff. C-29/76.

<sup>143</sup> Art. 28 et 29 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>144</sup> Art 1 § 2 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>145</sup> Art 1 § 2 g du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>146</sup> C. Nourissat, « Le champ d'application du Règlement « ROME II », in *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 – Dijon, Lexis Nexis Litec, 2008, p.23.

juridique ainsi que le risque de *lex shopping*<sup>147</sup> qui en découlent. Alors même que cette exclusion prive le règlement d'un bon nombre de situations où il pourrait, voire devrait, recevoir application, « faute de consensus, ces délits ont été sacrifiés sur l'autel de l'esprit de compromis qui a animé la négociation des instruments communautaires. »<sup>148</sup>

Si l'étude rendue en 2008 par la Commission, sur la situation de la loi applicable aux obligations non contractuelles résultant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, n'a pas permis d'entrevoir une introduction de ces derniers dans le règlement,<sup>149</sup> il est possible que le rapport de la Commission, prévu par la clause de révision du règlement,<sup>150</sup> aboutira à une modification de celui-ci. Ce rapport devait être rendu avant le 20 août 2011 mais ne sera finalement publié qu'au premier semestre 2012.<sup>151</sup> En attendant, on ne peut qu'entrevoir la possibilité d'une incidence du règlement sur les règles de conflit nationales au sens de la « loi du maximum de différences. »<sup>152</sup> Dans une certaine mesure, le principe *lex loci delicti commissi* dégagé par le Règlement « Rome II » regagne donc en influence et n'en est pas moins significatif pour les autres types de délits couverts par celui-ci.

Le règlement consacre la loi du lieu du dommage, *lex loci delicti commissi*, principe dégagé au XVIIIème siècle par l'Ecole italienne<sup>153</sup> et dont les origines remontent à l'Antiquité.<sup>154</sup> Ce principe est la solution de base en matière d'obligations non contractuelles dans la quasi-totalité des États membres. Pour autant, l'« application concrète de ce principe en cas de dispersion des critères de rattachement dans plusieurs pays varie. Cette situation est source d'insécurité quant au droit applicable. »<sup>155</sup> Or, les cyberdélits font, dans la

---

<sup>147</sup> Possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de conflit de lois de choisir la loi applicable la plus favorable à ses intérêts.

<sup>148</sup> L. Perreau-Saussine, « Les mal-aimés du règlement Rome II : les délits commis par voie de média », *Recueil Dalloz* n° 24, 2009.

<sup>149</sup> Étude de la Commission européenne, Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. JLS/2007/C4/028. Final Report, février 2009.

<sup>150</sup> Art. 30 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>151</sup> Période indiquée après avoir pris contact avec Europe Direct, service d'aide en matière de législation européenne, au 00 800 67 89 10 11 le 10 octobre 2011.

<sup>152</sup> J.-P. Niboyet, « La loi du maximum de différences des lois internes et traités diplomatiques », *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944, n° 934 et s. Au fil des réformes, le droit interne tendrait ainsi à se rapprocher du texte du règlement.

<sup>153</sup> F. Guérchoun, S. Piedelièvre, « Le Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *op. cit.*

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Considérant 15 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

majorité des hypothèses, état de telles circonstances, ce qui n'est pas sans poser problème au niveau du droit commun, nous le verrons au cours de notre étude. Le règlement présente alors une avancée considérable puisqu'il introduit une règle uniforme permettant d'améliorer la prévisibilité des décisions de justice et d'assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée.

L'article 4 § 1 du règlement dispose :

« Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent »<sup>156</sup>

Ce dernier permet alors de contourner une difficulté inhérente aux délits commis par le biais d'Internet. En effet, le lieu du dommage s'entendait jusqu'à lors aussi bien du lieu du fait générateur que du lieu de survenance du dommage.<sup>157</sup> Or, dans le cadre de cyberdélits, la majorité des hypothèses font état d'une dissociation entre ces deux lieux ; ce qui, comme nous l'avons vu dans le cadre du conflit de juridiction, était source d'insécurité juridique.<sup>158</sup> En se prononçant en faveur de la *lex loci damni*, le règlement tranche en faveur de la sécurité juridique et de la nécessité de rendre la justice. Si cette avancée est significative en matière de détermination de la loi applicable aux cyberdélits, l'ubiquité laisse demeurer d'autres problématiques non réglées par le règlement ; ce que nous constaterons au cours de notre étude.<sup>159</sup>

L'exclusion des droits de la personnalité du Règlement « Rome II », droits dont la violation par le biais d'Internet regroupe un grand nombre d'hypothèses délictuelles, ainsi que son entrée en vigueur, relativement récente, renvoie à la nécessaire observation de l'application du principe *lex loci delicti commissi* en droits commun français et allemand.

---

<sup>156</sup> Art. 4 § 1 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>157</sup> CJCE, 30 nov. 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contre Mines de potasse d'Alsace SA*, *op. cit.*

<sup>158</sup> Voir *supra*, p. 15 et s.

<sup>159</sup> Voir *infra*, p. 43 et s.

Paragraphe 2 : Le principe *lex loci delicti commissi* en droit  
*commun*

Rompant avec la tradition très ancienne et définitivement dépassée de soumettre la responsabilité délictuelle à la loi du for,<sup>160</sup> le droit commun en matière de règle de conflit de lois a pu se développer. Le principe *lex loci delicti commissi* s'impose alors dans la quasi-totalité des pays d'Europe, y compris en France et en Allemagne. Néanmoins, ce principe commun n'est pas mis en œuvre de la même manière suivant les pays. Les deux pays objets de notre étude font état de cette diversité de solutions.

Le tournant s'opère en France en 1948 avec l'arrêt *Lautour*, dans lequel la Cour de cassation consacre la compétence de la *lex loci delicti commissi* :

« La loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle de celui qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose en cas de dommage causé par cette chose à un tiers est la loi du lieu où le délit a été commis. »<sup>161</sup>

Se voulant respectueuse de la prévisibilité des parties, dans un contexte où les délits complexes étaient peu fréquents, cette solution a été bien accueillie.<sup>162</sup> Le développement des délits complexes a pourtant fait naître des difficultés de mise en œuvre. En effet, la Cour de cassation dans son arrêt *Gordon and Breach Science Publishers* de 1997<sup>163</sup> admet la vocation égale à s'appliquer des lois du lieu du fait générateur et du lieu de survenance du dommage. En l'espèce, une revue scientifique américaine, diffusée en France, a publié un texte qui se livrait, selon le demandeur, à un dénigrement caractérisé à son égard et constituait par là même un acte de concurrence déloyale. Selon la Cour d'appel, le lieu où le délit a été commis s'entendait du lieu de publication de l'article litigieux (lieu du fait générateur), à savoir aux États-Unis. La loi applicable était alors la loi américaine. On peut alors aisément prévoir qu'elle ne sanctionnera pas la publication de cet article au nom de la liberté d'expression garantie par le 1<sup>er</sup> amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique. La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel et précise que :

---

<sup>160</sup> E. M. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement en Europe occidentale », *RCADI*, tome 49, 1934, p. 543 et s.

<sup>161</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1948, *Lautour*, D. 1948. 357, note P. L. P., *JCP* 1948.

<sup>162</sup> Bureau, D., Muir Watt, H., *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 395.

<sup>163</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 14 janv. 1997, *Société Gordon and Breach*, D. 1997. 177, note Santa Croce, *JCP* 1997.

« Le lieu où le fait dommageable s'est produit s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier. »<sup>164</sup>

De cette solution rejaillissent la difficulté de détermination du lieu du dommage et ses conséquences telles qu'étudiées en matière juridictionnelle. Dans un premier temps, la jurisprudence allemande retenait la même solution, formulée selon le « principe d'ubiquité » (*das sogenannte Ubiquitätsprinzip*).<sup>165</sup> Mais suite à la réforme introduite en 1999,<sup>166</sup> la règle de conflit de lois allemande, expression du principe *lex loci delicti commissi*, semble pourtant mieux armée pour répondre aux délits complexes. Cette réforme a, en effet, permis d'éliminer les principales difficultés issues de ce principe,<sup>167</sup> d'unifier les règles applicables<sup>168</sup> ainsi que de codifier un principe à valeur coutumière.<sup>169</sup>

Le principe ressort à l'article 40 alinéa 1 phrase 1 EGBGB qui consacre la prééminence de la loi du lieu du fait générateur. La loi du lieu de survenance du dommage n'est pour autant pas exclue de s'appliquer. En effet, à la phrase 2, est introduite la possibilité pour la victime de choisir l'application de la loi du lieu de survenance du dommage. La victime peut alors choisir entre ces deux lois, celle qui sera la plus favorable à ces intérêts (Concept de *Günstigkeitsoption*).<sup>170</sup> Elle doit, pour cela, exprimer son choix dans les délais impartis prévus à la phrase 3.<sup>171</sup> Si tel n'est pas le cas, la loi du lieu du fait générateur sera appliquée.<sup>172</sup>

La règle allemande conserve ainsi la possible application soit de la loi du lieu du fait générateur, soit de celle du lieu de survenance du dommage en la matière. Néanmoins, elle

---

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> K. Kindereit, *Die Tatortregel bei Internetdelikten, Zur Anknüpfung haftungsrechtlich relevanten Verhaltens in der vernetzten Welt*, Dissertation.de - Verlag im Internet, 2005, p. 18.

<sup>166</sup> Gesetz zum Internationalen Privatrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen du 1<sup>er</sup> juin 1999.

<sup>167</sup> K. Kindereit, *Die Tatortregel bei Internetdelikten, Zur Anknüpfung haftungsrechtlich relevanten Verhaltens in der vernetzten Welt*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>168</sup> Certains Länder avaient leurs propres règles en la matière comme, par exemple, la Bavière. Il faut également préciser que ces règles n'avaient pas été unifiées après la Réunification allemande.

<sup>169</sup> M. von Hinden, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet : das anwendbare Recht*, Mohr Siebeck, 1999, p. 44.

<sup>170</sup> K. Kindereit, *Die Tatortregel bei Internetdelikten, Zur Anknüpfung haftungsrechtlich relevanten Verhaltens in der vernetzten Welt*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>171</sup> Art. 40 al. 1 phrase 3 EGBGB.

<sup>172</sup> H. Dehnert, *Der deliktische Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden und Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Eine Untersuchung des europäischen und deutschen internationalen Zivilverfahrensrechtes und des internationalen Privatrechtes*, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2011, p. 223.

établit une hiérarchisation inexistante en droit français qui introduit une certaine sécurité juridique.

Chacune des mises en œuvre du principe *lex loci delicti commissi* ne semble pas pouvoir répondre entièrement aux problématiques propres à l'environnement d'Internet. En effet, Internet s'affranchit des frontières et permet à l'information d'être disponible partout dans le monde au même instant, et ce, sans se soucier des conséquences juridiques. En cela, l'ubiquité est une de ses principales caractéristiques.

## **Section 2 : Les risques de l'ubiquité**

Comme nous l'avons vu précédemment, le principe *lex loci delicti commissi* renvoie à l'application soit de la loi du lieu du fait générateur, soit de la loi du lieu de survenance du dommage. Nous allons maintenant observer que le recours à l'une (§ 1) ou l'autre (§ 2) de ces lois se heurte à l'ubiquité dont fait preuve Internet.

### *Paragraphe 1 : La loi du lieu du fait générateur face à l'ubiquité*

Lorsque des informations litigieuses sont diffusées par Internet, elles sont accessibles simultanément dans le monde entier. Or, les différents systèmes juridiques ne répondent pas aux mêmes règles. Prenons l'exemple significatif de la liberté d'expression. Le premier amendement de la Constitution des États-Unis lui offre une protection maximale tandis que l'ordre juridique français restreint fermement cette liberté. Ainsi une information diffusée aux États-Unis peut aisément heurter la conception française en la matière ; tel fut d'ailleurs le cas dans la célèbre affaire *Yahoo!*<sup>173</sup> qui, si elle se rattache à la matière pénale, n'en est pas moins intéressante au regard de la problématique posée. En l'espèce, le site litigieux, installé aux États-Unis, permettait la visualisation en France d'objets nazis dans le cadre d'une vente. Si le site est protégé aux États-Unis par le Premier Amendement de la Constitution, en France cet acte relève de l'incitation à la haine raciale.

Au regard des divergences significatives entre les différents ordres juridiques, la solution la plus logique paraît alors d'appliquer la loi du lieu du fait générateur ; autrement

---

<sup>173</sup> TGI Paris, 20 nov.2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, *op. cit.*

dit la loi du pays d'émission. En effet, comment reprocher à l'éditeur d'un site la mise en ligne d'un contenu dans la mesure où il a respecté le droit en vigueur dans son État ?<sup>174</sup> Cela impliquerait pour cet éditeur de connaître les législations des autres États et de se conformer à la plus sévère.<sup>175</sup> Cette solution ne paraît pas réaliste. Le raisonnable voudrait que soit appliquée à l'éditeur la législation qu'il est le mieux à même de connaître et qui lui est généralement applicable.

Comme nous l'avons observé précédemment, cette solution est le principe retenu en droit allemand et a égale vocation à s'appliquer avec la loi du lieu de survenance du dommage en droit français. Elle paraît néanmoins inadaptée aux spécificités de l'Internet. En effet, des zones à la législation intentionnellement non répressive se créent.<sup>176</sup> En outre, suivant ce que l'on entend par lieu du fait générateur, la situation peut également être plus complexe. Plusieurs théories<sup>177</sup> se sont développées en la matière et retiennent :

- le lieu de conception qui correspond généralement au lieu de résidence habituelle de l'auteur du délit. Il s'agit également de prendre en compte la réflexion intellectuelle et non uniquement la diffusion technique.
- le lieu de la diffusion conformément aux droits en vigueur qui, en retenant le lieu de la diffusion comme lieu du fait générateur, implique pour l'auteur du délit de s'adapter aux droits de tous les pays,
- le lieu de situation du serveur qui, quant à lui, peut aisément être délocalisé dans une zone dans laquelle l'acte ne serait alors pas constitutif d'un délit, voire dans des zones internationales ou encore dans un pays refusant de donner des informations à ce sujet.<sup>178</sup> En

---

<sup>174</sup> L. Grave-Raulin, Règles de conflits de juridictions et règles de conflits de lois appliquées aux cyberdélits, Mémoire de Master II professionnel en droit de l'Internet public, Université Paris I Panthéon Sorbonne, septembre 2008.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> A titre d'exemple : la principauté de Sealand, micro-État situé hors des eaux territoriales britanniques et ainsi hors de la juridiction anglaise. Depuis l'installation, par la société américaine Havenco, d'un centre de données, l'île est devenu un « paradis numérique ». La société Havenco ainsi que les autorités de Sealand s'engagent à ce qu'aucune loi ne réglemente le trafic des données.

<sup>177</sup> C. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht, Im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, VVF Verlag, 2002, p. 158 et s.

<sup>178</sup> Selon Philippe Tixier, professeur d'électronique au lycée M. Grenet de Compiègne, il est possible de mettre des ordinateurs relais (appelés proxys) entre l'ordinateur source et la cible. Si un ou plusieurs de ces proxys sont situés en territoire étranger et soumis à une justice différente ou plus laxiste, ou encore que les pays concernés se refusent à délivrer des informations à ce sujet, il sera quasiment impossible d'établir le lien entre l'ordinateur source et la cible. La détermination du lieu de l'événement causal est alors très difficile à mettre en œuvre. De nouveau, la principauté de Sealand peut illustrer cette situation.

outre, le serveur peut avoir été délocalisé successivement dans plusieurs pays avant que l'acte n'ait été accompli.<sup>179</sup> La traçabilité nécessite alors la coopération des États concernés ; ce qui n'est pas toujours aisé dès lors que certains pays se refusent à transmettre les informations nécessaires à la localisation de l'événement causal.<sup>180</sup>

Enfin, les juridictions ont souvent la tentation de tout faire pour appliquer leur propre loi. Or, généralement, la victime saisit les tribunaux de son État et non ceux du lieu du fait générateur. Tel a pu être observé dans le cadre de l'affaire *Yahoo !* où les juges ont opté pour l'application de la loi française.

Ainsi, la détermination de la loi du lieu du fait générateur n'est pas aisée. Cette solution est difficilement transposable aux délits commis par le biais d'Internet. Le « monde virtuel » se distingue, en effet, du « monde matériel » en ce que, si l'utilisateur est bien présent sur le réseau, sa localisation dans le monde réel est, quant à elle, complexe à mettre en œuvre.<sup>181</sup> La localisation d'un individu sur le réseau et dans le monde réel ne répondant pas aux mêmes critères, on peut également aboutir à plusieurs lieux de l'événement causal.<sup>182</sup>

L'application de la loi du lieu de survenance du dommage permet d'éviter la situation générée par le recours à la loi du lieu du fait générateur. Elle se heurte néanmoins, elle aussi, à l'ubiquité notamment en cas de délits dits « plurilocalisés », pourtant non inédits en matière de cyberdélits.

---

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> C. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht, Im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, *op. cit.*, p.164.

<sup>182</sup> K. Kindereit, *Die Tatortregel bei Internetdelikten, Zur Anknüpfung haftungsrechtlich relevanten Verhaltens in der vernetzten Welt*, *op. cit.*, p. 53.

## Paragraphe 2 : La loi du lieu de survenance du dommage face à l'ubiquité

Comme nous venons de le voir, l'application de la loi du lieu du fait générateur pouvait se justifier au regard de la connaissance des autres droits qu'implique celle du lieu de survenance du dommage. Il en ressort une première preuve de l'inadaptation du recours à la loi du lieu de survenance du dommage à l'Internet.

Cette solution s'avère d'autant plus complexe lorsqu'il est question de délits dits « plurilocalisés », c'est-à-dire, lorsque les dommages générés se font ressentir simultanément dans plusieurs pays. En raison de l'ubiquité du réseau, l'on comprend aisément que ce type de situation n'est pas rare, notamment en matière d'atteintes aux droits de la personnalité. La question de la détermination de la loi applicable se révèle alors complexe. Chaque loi aurait ainsi vocation à s'appliquer, tout comme chaque juridiction pouvait se déclarer compétente en application de la théorie de l'accessibilité que nous avons étudiée en matière juridictionnelle.<sup>183</sup> La situation renvoie, en effet, à celle qui avait abouti à conférer une compétence universelle aux juridictions françaises et allemandes en la matière.

Avant la réforme de l'EGBGB de 1999, il a été suggéré, au sens du « *Günstigkeitsprinzip* », d'appliquer la loi du lieu de survenance du dommage la plus favorable pour la victime.<sup>184</sup> Cette approche conduit cependant à privilégier de manière arbitraire les intérêts du demandeur par rapport à ceux du défendeur.<sup>185</sup> Elle n'a ainsi pas été retenue même si elle permettait une unité du litige.

Bien qu'allant à l'encontre totale d'une économie procédurale,<sup>186</sup> la solution consiste alors à faire une application distributive des différentes lois des lieux de survenance du dommage (*die sogenannte Mosaikbetrachtung*).<sup>187</sup> Cette solution va de pair avec celle

---

<sup>183</sup> Voir *supra*, p. 20 et s.

<sup>184</sup> C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, Verlag Dr. Kovač, 2008, p. 64.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 386-387.

<sup>187</sup> C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law, op. cit.*

retenue en matière juridictionnelle dans le cadre de l'affaire *Fiona Shevill*<sup>188</sup> Il en découle un éclatement du litige, source d'insécurité juridique, une mise en œuvre complexe lorsque le dommage a été subi sur le territoire de plus de deux ou trois États ainsi qu'une imprévisibilité pour le défendeur.<sup>189</sup> De ce fait, les solutions de principe ne permettent pas de répondre aux questions que soulèvent les dommages causés simultanément dans plusieurs pays via le réseau Internet.

Face à ces situations insatisfaisantes et en l'absence d'une règle spécifique en matière de délits commis par le biais d'Internet, il convient d'observer si l'on peut trouver des solutions plus adaptées dans les exceptions que comporte ce principe.

## Chapitre 2<sup>nd</sup> : Des exceptions au service du raisonnable

Conformément à l'article 30 du Règlement « Rome II » incluant une clause de révision, la Commission aurait dû présenter au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application de ce dernier avant le 20 août 2011. Ce rapport devait être accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le présent règlement.<sup>190</sup> Cependant, après avoir pris contact avec le service d'information central Europe Direct,<sup>191</sup> il s'avère que ce rapport est en cours de rédaction et ne sera publié qu'au premier semestre de l'année 2012. Rappelons également que l'étude relative à la loi applicable aux obligations non contractuelles découlant des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité de la Commission, publiée en février 2009, n'a pas abouti à l'introduction de ces derniers au règlement.<sup>192</sup> Dans l'attente d'une éventuelle adaptation du Règlement « Rome II », il convient de s'intéresser aux limites du principe *lex loci delicti commissi* en vigueur à l'heure actuelle. Nous nous intéresserons ainsi dans un premier temps aux limites générales apportées au principe de la loi du lieu du dommage

---

<sup>188</sup> CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, *op. cit.*

<sup>189</sup> C. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht, Im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>190</sup> Art. 30 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>191</sup> Prise de contact du service d'information central Europe Direct au 00 800 67 89 10 11 le 10 octobre 2011.

<sup>192</sup> Étude de la Commission européenne, *Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality*, *op. cit.*

(Section 1). Puis, dans un second temps, nous analyserons les règles spéciales, mises en place par le Règlement « Rome II », qui présentent un intérêt au regard des cyberdélits (Section 2).

## **Section 1 : Des limites nécessaires à l'appréhension des cyberdélits**

Trois rattachements dérogatoires au rattachement de principe trouvent leur expression dans le Règlement « Rome II » et tout ou partie dans le droit commun français et allemand. Le premier, peu pertinent au regard des délits commis par le biais d'Internet, est celui du lieu de la résidence habituelle des parties dans le même pays au moment de la survenance du dommage.<sup>193</sup> Nous allons donc nous pencher sur les deux autres rattachements dérogatoires offerts par l'existence de liens plus étroits avec un autre pays (§ 1) ainsi que par la mise en place d'un choix de loi (§ 2).

### *Paragraphe 1 : La recherche de liens étroits : un garde-fou utile*

La recherche du pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable se présente comme un mécanisme dérogatoire, émanation du principe de proximité. Ce principe, tiré de la typologie du Professeur Paul Lagarde classant les principes gouvernant l'élaboration des rattachements,<sup>194</sup> est aujourd'hui dominant.<sup>195</sup> Dans le cadre de ce paragraphe, il convient d'adopter une approche stricte de ce principe qui se définit alors comme « une directive à l'adresse du juge pour le conduire à définir concrètement la loi avec laquelle la situation est la plus étroitement corrélée. »<sup>196</sup> L'application de cette dernière

---

<sup>193</sup> Le critère du lieu de résidence habituelle des parties au litige ressort à la fois de l'article 4 § 2 du Règlement « Rome II » et de l'article 42 EGBGB. Il n'existait pas en droit commun français avant l'entrée en vigueur du règlement, sauf en matière d'accidents de la circulation dans la mesure où celle-ci est régie par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 avril 1988, Bull. civ. I, n° 104 ; D. 1988. Somm. 345, obs. Audit ; Rev. Crit. DIP 1989. 68, note Batiffol.). Ainsi, ce critère ne trouve pas application en France s'agissant des matières exclues par le règlement comme les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité. Pour autant, nous n'étudierons pas plus profondément ce rattachement dérogatoire car il se révèle peu pertinent au regard des cas de délits commis via Internet. Le caractère international d'Internet entraîne, pour l'essentiel, une distinction géographique des parties. Les situations où le critère de résidence habituelle pourrait être appliqué ne sont alors que singulières.

<sup>194</sup> P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RDCAI*, t. 196, 1986.

<sup>195</sup> M-L. Niboyet, G. De Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, L.G.D.J. Lextenso Editions, 2<sup>ème</sup> édition, 2009, p.151.

<sup>196</sup> *Ibid.*

permet ainsi de contourner la solution de principe en matière délictuelle ainsi que les problèmes qui, comme nous l'avons vu, y sont liés. Selon Jean – Marc Bischoff :

« La proximité n'est plus un élément de rattachement, mais un procédé de détermination d'un élément de rattachement qui est autre, à savoir, en l'occurrence, un fait dommageable complexe. »<sup>197</sup>

En matière de délits complexes, la jurisprudence française a dégagé ce recours à la loi du pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 1999 *Mobil North Sea*,<sup>198</sup> arrêt faisant suite à l'arrêt *Gordon and Breach Science Publishers*<sup>199</sup> de 1997 précité. Cet arrêt a été confirmé par un arrêt du 5 mars 2002, rendu dans le cadre de l'affaire *Sisro*.<sup>200</sup> La Cour de cassation utilise, dans ces arrêts, le principe de proximité comme une « exception d'éloignement, permettant de disqualifier au regard des circonstances concrètes de leur localisation, celui des deux rattachements entretenant les liens les moins étroits avec le litige. »<sup>201</sup> En instaurant une telle exception, la Cour de cassation permet une avancée dans la détermination de la loi applicable en matière délictuelle, et par extension, de cyberdélits. Néanmoins, elle ne prévoit pas de solution dans les cas où le fait générateur et le dommage présenteraient tous deux des liens étroits ou, bien que peu probable, aucun lien avec les lieux dans lesquels ils se sont produits.<sup>202</sup>

Pour autant qu'établie, cette utilisation du principe de proximité comme « exception d'éloignement » semble récemment être mise à l'écart<sup>203</sup> ou laisser la place à un objectif de rapprochement.<sup>204</sup> Il s'agit, dans cette seconde hypothèse, d'utiliser ce principe aux fins de localisation du lieu du fait générateur et non plus de départager entre la loi du lieu du fait générateur et la loi du lieu de survenance du dommage.

---

<sup>197</sup> J.-M. Bischoff, « Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe », *RCDIP* n° 2, 15 juin 2000 p. 199.

<sup>198</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1999, *Mobil North Sea*, D., 1999, somm. Comm. 295, obs. B. Audit ; *JCP*, 1999. II. 10183, note H. Muir Watt ; *JDI*, 1999. 1048, note G. Légier ; *Rev. crit. DIP*, 2000. 199, note J.-M. Bischoff.

<sup>199</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janv. 1997, *Société Gordon and Breach*, *op. cit.*

<sup>200</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 2002, *Sisro*, *JCP* 2002. II. 10082, note H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP*, 2003. 440, note J.-M. Bischoff ; D., 2003. 58, note M. Josselin-Gall.

<sup>201</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 298-399.

<sup>202</sup> J.-M. Bischoff, « Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe », *op. cit.*

<sup>203</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janv. 2007, *Caisse d'épargne de Sarrebruck*, D., 2007. 1244, note N. Bouche.

<sup>204</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, *Soc. Bureau Veritas*, *Rev. crit. DIP*, 2007. 405, note D. Bureau ; *JDI* 2007.949, note G. Légier. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 2010, *Rev. crit. DIP* 2010, note D. Bureau.

De telles incertitudes ne trouvent pas leur place dans l'application allemande de ce principe en matière d'obligations extra-contractuelles. En effet, la construction de la règle de conflit allemande en la matière peut être vue comme les prémices, une anticipation du Règlement « Rome II ». Ainsi, tout comme le règlement qui permet de faire disparaître les doutes que la jurisprudence française laissait subsister, la règle allemande fait preuve d'une plus grande sécurité juridique. Il doit être évident qu'en raison de liens manifestement plus étroits avec une autre loi,<sup>205</sup> la loi déterminée par les règles générales ne peut conduire à un résultat approprié. Il appartient alors au juge allemand de déterminer de manière discrétionnaire si les conditions de l'article 41 alinéa II EGBGB sont remplies, à savoir soit l'existence d'une relation particulière de droit ou de fait entre les parties en lien avec l'obligation en question, soit la résidence habituelle commune des parties dans le même pays au moment de la survenance du dommage. Si la situation ne rentre pas dans l'un des cas de figure présenté, il appartient alors au juge d'examiner au cas par cas l'existence de liens étroits avec un pays. En effet, l'article 41 alinéa II EGBGB ne se présente pas comme une liste exhaustive.<sup>206</sup>

Au niveau du Règlement « Rome II », la même formulation de « liens manifestement plus étroits »<sup>207</sup> a été retenue, tout comme les situations données à titre d'exemple de ce qui pourrait constituer un tel lien.<sup>208</sup> Du terme « manifestement », l'on déduit que le recours à ce principe résiduel ne peut être qu'exceptionnel, c'est-à-dire « le moins fréquemment possible ».<sup>209</sup> En outre, l'approche européenne et allemande suppose une connexion spéciale au dommage sans énumérer de manière précise et exhaustive les facteurs pouvant être pris en compte afin de dégager des liens manifestement plus étroits entre un pays et le dommage.

---

<sup>205</sup> Art. 41 al. I EGBGB.

<sup>206</sup> C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, op. cit., p. 60-61.

<sup>207</sup> Art. 4 § 3 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>208</sup> Art. 4 § 3 et Art. 4 § 2 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>209</sup> Solution dégagée par la Cour de justice en matière contractuelle s'agissant de l'application du Règlement « Rome I » et pouvant être étendue, par analogie, à l'application du Règlement « Rome II ». CJCE, 6 oct. 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, Aff. C-133/08, *Recueil Dalloz* 2010 n°4, p.236, note de F. Jault-Seseke. La Cour de justice semble admettre, au point 62, que le juge du fond doit d'abord procéder à la détermination de la loi applicable sur la base des rattachements énoncés par les textes, avant d'appliquer la clause d'exception et ce, dans la mesure où il ressort « clairement » de l'ensemble des circonstances que le contrat litigieux est « plus » étroitement lié avec un autre pays. Cette interprétation est ainsi conforme au libellé de l'article 4, § 3 du règlement qui exige que les liens soient « manifestement plus étroits » pour que la clause d'exception puisse jouer.

Cela est regrettable car de telles précisions permettraient de promouvoir la sécurité juridique de ces régimes.<sup>210</sup>

Une autre dérogation au principe *lex loci delicti commissi* est alors à envisager. Elle réside dans la possibilité de laisser aux parties le choix de la loi qui sera applicable à leur litige.

### Paragraphe 2 : Le choix de loi : une solution effective et raisonnablement encadrée

En offrant aux parties la faculté de choisir la loi qui sera applicable à leur litige, on élimine alors le problème de la détermination de la loi applicable. Si cette opportunité laisse entrevoir le risque de *forum shopping*, il convient alors de l'encadrer de manière stricte. En la matière, les solutions allemandes et européennes font preuve de similarités. Le choix de loi en droit international privé allemand est reconnu depuis longtemps par la jurisprudence<sup>211</sup> et la doctrine.<sup>212</sup> Il n'est donc pas étonnant qu'il ait été conservé dans la réforme de 1999.<sup>213</sup>

Au sens des articles 42 EGBGB et 14 § 1 du Règlement « Rome II », les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage. Si le droit allemand ne prévoit qu'un choix de loi à posteriori en raison de la fonction protectrice du droit délictuel envers la victime,<sup>214</sup> le règlement prévoit la possibilité d'un choix de loi *ex ante* par un accord librement négocié lorsque les parties exercent toute une activité commerciale.<sup>215</sup> Ce choix de loi n'est pourtant pas accordé sans limites.

---

<sup>210</sup> C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>211</sup> À titre d'exemple : BGH NJW 1974, 410 ; E98, 263, 274.

<sup>212</sup> K. Kreuzer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Art. 38 EGBGB Rn 61, C.H. Beck, 3<sup>ème</sup> édition, 1998.

<sup>213</sup> Gesetz zum Internationalen Privatrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen du 1<sup>er</sup> juin 1999.

<sup>214</sup> Un choix de loi *ex ante* avait été proposé dans le projet de loi initial mais n'a finalement pas été retenu par le législateur allemand dans la réforme de 1999.

<sup>215</sup> Art. 14 § 1 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

En droit allemand, l'article 42 EGBGB renvoie à l'application des dispositions obligatoires de la loi choisie. En revanche, si tous les éléments de la situation litigieuse sont localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie par les parties au moment de la survenance du dommage, les dispositions obligatoires de ce pays sont applicables.<sup>216</sup> Il peut paraître regrettable au regard de la sécurité juridique que le législateur allemand n'ait pas opté pour l'introduction, de manière analogue au domaine des obligations contractuelles,<sup>217</sup> d'une disposition prévoyant l'application des règles obligatoires de la *lex fori*.<sup>218</sup>

Le Règlement « Rome II » apparaît plus explicite dans le domaine de l'application de dispositions obligatoires. La localisation des éléments de la situation litigieuse, dans un pays autre que celui dont la loi a été désignée par les parties au moment de la survenance du dommage, aboutit également, selon le règlement, à l'application des dispositions obligatoires de ce pays.<sup>219</sup> Le règlement ajoute qu'en cas de choix de la loi d'un pays tiers à l'Union européenne, il ne peut être porté atteinte à l'application des dispositions obligatoires du droit de l'Union lorsque tous les éléments de la situation litigieuse étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres.<sup>220</sup> Enfin, il convient d'ajouter que le choix de loi, aussi bien au sens de l'article 42 EGBGB<sup>221</sup> que de l'article 14 du Règlement « Rome II »,<sup>222</sup> ne peut porter atteinte à l'ordre public de la loi du for, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle.

A contrario, un tel choix de loi n'est pas offert en tant que tel en droit français en dehors du champ d'application du Règlement « Rome II ». Il trouve une certaine correspondance sous la forme limitée de l'accord procédural.<sup>223</sup> En effet, dans l'arrêt *Roho* de 1988, la Cour de cassation admet que les parties puissent « pour les droits dont elles ont la libre disposition, demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une

---

<sup>216</sup> J. von Staudinger, B. von Hoffman, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Art. 42 EGBGB, C.H. Beck, 4<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 667.

<sup>217</sup> Art. 34 EGBGB.

<sup>218</sup> J. von Staudinger, B. von Hoffman, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Art. 42 EGBGB, *op. cit.*, p. 671, 675.

<sup>219</sup> Art. 14 § 2 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>220</sup> Art. 14 § 3 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>221</sup> R. Junker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Art. 42 EGBGB, C.H. Beck, 4<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 2469.

<sup>222</sup> Art. 16 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>223</sup> « Accord par lequel les parties à un litige conviennent d'appliquer une loi autre que celle désignée par la règle de conflit », G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 13.

convention internationale »<sup>224</sup> et ajoute dans un arrêt du 26 mai 1999 « ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ; qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties. »<sup>225</sup> Depuis l'arrêt *Mutuelle du Mans*<sup>226</sup> de 1999, l'unique critère de l'impérativité de la règle de conflit est celui de la nature des droits litigieux. Ainsi, un accord procédural ne peut être conclu que dans le cas où les droits litigieux sont disponibles c'est-à-dire cessibles, transmissibles, prescriptibles et pouvant faire l'objet d'une saisie.<sup>227</sup> Il s'agit, par exemple, du droit à l'image. Néanmoins, la libre disponibilité des droits litigieux ne représente pas les principales hypothèses en matière délictuelle. Il en découle une possibilité de choix de loi très limitée pour les situations ne relevant pas du règlement.

Après avoir examiné les différentes limites mises en place aux fins d'une meilleure prise en compte des intérêts des parties et de l'équité des règles de conflit, il convient maintenant de s'intéresser aux règles spéciales que le Règlement « Rome II » met en place pour certains types de délits.

## Section 2 : Les règles spéciales pertinentes en matière de cyberdélits

Les règles spéciales mises en place par le Règlement « Rome II »<sup>228</sup> permettent un rattachement autonome de chacun des types de délits concernés. Elles concernent les « faits dommageables pour lesquels la règle générale ne permet pas de trouver un équilibre raisonnable entre les intérêts en présence. »<sup>229</sup> Nous nous intéresserons, ici, aux cas de concurrence déloyale (§ 1) et d'atteintes aux droits de la propriété intellectuelle (§ 2) dans la mesure où il s'agit des types de délits les plus pertinents au regard de notre étude.<sup>230</sup>

---

<sup>224</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 avril 1988, Roho contre Caron, *Bull. civ.*, 1988, 1, p. 711.

<sup>225</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, société Delta Draht GmbH contre CIAL et autres, *JCP* 1999.IV.2324 ; *Droit et patrimoine* 12/1999, n°77, p.92, obs. F. Monéger.

<sup>226</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1999, *Bull. civ.* I, n° 174 ; *GADIP*, 5<sup>e</sup> éd., n° 78 ; *JCP* 1999. II. 10192, note Mélin ; Defrénois 1999. 1261, obs. Massip ; *DR. Fam.* 2000. Chron. 5, étude Fulchiron ; *Rev. crit. DIP* 1999, 707, note Muir Watt.

<sup>227</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>228</sup> Art. 5 à 12 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>229</sup> Considérant 19 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>230</sup> Nous excluons ainsi du champ de notre étude la responsabilité du fait des produits (Art. 5 du Règlement « Rome 2 »), les cas d'atteintes à l'environnement (Art. 7 du Règlement « Rome II »), la responsabilité du fait de grève ou de lock out (Art. 9 du Règlement « Rome II »), l'enrichissement sans cause (Art. 10 du Règlement « Rome II »), la gestion d'affaire (Art. 11 du Règlement « Rome II » ainsi que le « culpa in contrahendo » (Art. 12 du Règlement « Rome II »). En effet, ces cas ne se retrouvent pas au cœur de la problématique générée par l'avènement de l'Internet.

Paragraphe 1 : Le rattachement à la loi du marché affecté en cas de concurrence déloyale

Le Règlement « Rome II » ne définit pas ce que constitue un acte de concurrence déloyale.<sup>231</sup> En l'absence d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne interprétant cette notion, il s'agit selon Gérard Cornu d'un :

« Fait constitutif d'une faute qui résulte d'un usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle, dans la compétition économique. »<sup>232</sup>

Il s'agit, par exemple, de la confusion volontairement créée entre deux marques, notamment au moyen de la publicité ou encore de l'imitation des produits d'un concurrent. Ce type de délit s'avère très courant sur Internet. Le réseau permet, en effet, de faciliter la commission de ce type d'acte et ce, à l'échelle planétaire.

Si le projet de Règlement « Rome II » n'excluait pas explicitement un choix de loi accordé aux parties, la version finale est claire : « il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »<sup>233</sup> La proposition de règlement<sup>234</sup> avait, en effet, été critiquée à cet égard car le droit de la concurrence déloyale doit également protéger les intérêts des tiers ; ce qui pourrait être court-circuité par l'autonomie des parties.<sup>235</sup>

La règle spéciale mise en place par l'article 6 du Règlement « Rome II » ne se présente pas comme une exception à la règle générale, mais plutôt comme une clarification de celle-ci. Elle a pour objectif de protéger les concurrents, les consommateurs et le public en général mais aussi d'assurer le bon fonctionnement du marché.<sup>236</sup> Elle concerne

---

<sup>231</sup> Renvoi à la directive (CE) 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

<sup>232</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 223.

<sup>233</sup> Art. 6 § 4 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>234</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») du 21 février 2006, COM (2006) 83 final.

<sup>235</sup> C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, op. cit., p. 81.

<sup>236</sup> Considérant 21 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

également les actes restreignant la libre concurrence mais ces derniers apparaissent peu pertinents au regard de notre étude. En effet, si ces actes existent sur Internet, leurs mises en œuvre sur le réseau ou dans le monde réel ne se révèlent pas divergentes. Les règles y étant associées ne seront donc pas traitées.

La loi applicable aux actes de concurrence déloyale est « celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. »<sup>237</sup> Il convient alors de préciser que le marché « affecté » est celui sur lequel les concurrents agissent afin d'obtenir la faveur des clients.<sup>238</sup> Néanmoins, lorsqu'« un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé », le règlement renvoie à la règle générale de l'article 4.<sup>239</sup>

Les hypothèses internationales d'actes de concurrence déloyale commis par le biais d'Internet ont très fréquemment des effets sur plusieurs marchés ; ce qui appelle alors à une application distributive des lois en présence.<sup>240</sup> Afin de limiter ce problème, la proposition de règlement prévoyait de ne tenir compte que des effets directs et substantiels de ces actes.<sup>241</sup> Néanmoins, la version finale du règlement n'a pas retenu ce frein et ne permet donc pas d'aboutir à une solution satisfaisante lorsque ces actes ont pour support Internet.

Il convient maintenant d'observer la solution consacrée par le Règlement en matière d'atteintes aux droits de la propriété intellectuelle dont la croissance est exponentielle avec l'avènement d'Internet et des avancées technologiques qui y sont liées.

### *Paragraphe 2 : Atteintes aux droits de la propriété intellectuelle : application du principe lex loci protectionis*

La propriété intellectuelle est un terme générique qui regroupe aussi bien la propriété littéraire et artistique que la propriété industrielle (monopole d'exploitation).<sup>242</sup> Les droits

---

<sup>237</sup> Art. 6 § 1 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>238</sup> T. Verbiest, « Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente », *op. cit.*

<sup>239</sup> Art. 6 § 2 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>240</sup> T. Verbiest, « Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente », *op. cit.*

<sup>241</sup> Art. 5 § 1 du Projet de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») du 21 février 2006, COM (2006) 83 final.

<sup>242</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 557.

qui y sont rapportés, sont ainsi, par exemple, le droit d'auteur, le droit des brevets ou encore le droit des marques. Dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, le principe de la *lex loci protectionis*, c'est-à-dire de l'application de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée, a été consacré en la matière.<sup>243</sup> Le Règlement « Rome II » reprend ce principe dans son article 8 § 1. Un choix de loi est, en outre, exclu en la matière<sup>244</sup> puisqu'il n'est pas compatible avec le principe même de la *lex loci protectionis*.<sup>245</sup> Il en découle que le juge du for, déclaré compétent au sens de l'article 5 § 3 du Règlement « Bruxelles I », pourra automatiquement appliquer sa loi aux litiges concernant des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle commis via Internet qui lui seront soumis.<sup>246</sup>

Selon Thibault Verbiest, cette approche n'est pas sans poser problème sur l'Internet, notamment en droit des marques en raison du principe de l'effet territorial du dépôt de la marque ; il s'agit notamment d'affaires :

« Dans lesquelles un demandeur établi dans un État A et un défendeur dans un État B sont tous deux titulaires de marques identiques, valables dans leur propre pays. Mais le demandeur exige la cessation de l'usage de la marque du défendeur au seul motif qu'étant « visible » sur l'Internet, elle constitue une contrefaçon de sa marque sur son territoire national. »<sup>247</sup>

Concernant les droits de la personnalité intellectuelle communautaire à caractère unitaire, il convient d'appliquer l'instrument européen pertinent. Si l'application de règles matérielles ressort de ce dernier, le conflit de loi est alors éliminé. Pour toutes les questions qui ne seraient pas réglées par cet instrument, la loi subsidiairement applicable est alors celle du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit.<sup>248</sup>

---

<sup>243</sup> Art. 5-2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 et Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883. BGH, 2.10.1997, BGHZ 136, 380.

<sup>244</sup> Art. 8 § 3 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

<sup>245</sup> C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>246</sup> T. Verbiest, « Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente », *op. cit.*

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> Art. 8 § 2 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

## Conclusion

La question des cyberdélits se situe au cœur des évolutions marquant le droit international privé contemporain.<sup>249</sup> Du fait de la divergence des droits nationaux, l'Internet crée « constamment des conflits de systèmes, des conflits de lois, et, bien sûr, des conflits de juridictions »,<sup>250</sup> auxquels le droit international privé contemporain se doit de répondre.

L'absence d'organisation hiérarchique structurée d'Internet,<sup>251</sup> son absence de gestion centralisée,<sup>252</sup> sa constante évolution,<sup>253</sup> son caractère antinomique au territoire et à la géographie,<sup>254</sup> la relative déresponsabilisation de l'internaute que le réseau crée,<sup>255</sup> la diffusion plus large des comportements délictuels,<sup>256</sup> le nombre de victimes accru qui en découle,<sup>257</sup> l'hypothèse de points d'impact éclatés géographiquement facilitée,<sup>258</sup> sont autant de problématiques auxquelles il a fallu s'adapter sur le plan juridique.

Les premières tentatives de réponses se fondant sur le critère de l'accessibilité au site internet litigieux sont apparues comme déraisonnables et comme compromettant la circulation internationale de la décision rendue.<sup>259</sup> En effet, la compétence universelle ainsi accordée s'éloigne des impératifs de prévisibilité, de proximité et d'équité.<sup>260</sup>

Est alors apparu le besoin de restreindre la compétence juridictionnelle et législative octroyée jusqu'à lors en la matière. La doctrine et les juges ont ainsi appréhendé ces questions sous l'angle de la proximité. Les solutions apparaissent plus raisonnables mais non exemptes de toute critiques<sup>261</sup> et non unifiées.<sup>262</sup>

---

<sup>249</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 440.

<sup>250</sup> C. Kessedjan, « Rapport de synthèse », in *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 Mollengraff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de la Haye de Droit international privé, sous la direction de K. Boele-Woelki et C. Kessedjan, Kluwer Law International, 1998.

<sup>251</sup> Voir *supra*, p. 10.

<sup>252</sup> Voir *supra*, p. 10.

<sup>253</sup> Voir *supra*, p. 6.

<sup>254</sup> Voir *supra*, p. 9.

<sup>255</sup> Voir *supra*, p. 8.

<sup>256</sup> Voir *supra*, p. 9.

<sup>257</sup> Voir *supra*, p. 9.

<sup>258</sup> Voir *supra*, p. 9.

<sup>259</sup> F. Marchadier, « Le for du délit virtuel », *op. cit.*, p. 10.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> Voir *supra*, p. 33 et s.

<sup>262</sup> Voir *supra*, p. 31 et s.

A l'échelle européenne, il est indéniable que le Règlement « Rome II » a permis une avancée considérable du point de vue du conflit de lois lorsqu'il s'agit de délits complexes.<sup>263</sup> Pour autant, certaines problématiques subsistent du fait de la non spécificité des règles applicables.<sup>264</sup> Prochainement, la Commission publiera un rapport sur l'application de ce règlement.<sup>265</sup> Il conviendra alors d'observer si les propositions envisagées permettront un meilleur règlement du conflit de lois en matière de cyberdélits. Du point de vue du conflit de juridictions, la proposition de révision du Règlement « Bruxelles I »<sup>266</sup> ne semble malheureusement pas apporter de réponses plus satisfaisantes ; ce qui empêche le véritable établissement d'une règle de conflit concernant les cyberdélits.

Selon Horatia Muir Watt et Dominique Bureau, la complexité de cette situation ne devrait pourtant pas aboutir à ce que le droit international privé renonce et s'efface au profit d'autres moyens de résolution des litiges.<sup>267</sup> Si la matière a su s'adapter aux diverses autres évolutions technologiques, pourquoi ne le pourrait-elle pas s'agissant d'Internet ?<sup>268</sup>

Néanmoins, le refus d'une réflexion particulière sur les cyberdélits qui empêche la mise en place de règles de conflits véritablement adaptées aux spécificités d'Internet peut paraître regrettable. Sans aller jusqu'à la mise en place d'une *lex informatica* à l'échelle mondiale, solution utopique à l'heure actuelle, les règlements européens s'en trouveraient, du moins, renforcés et une meilleure sécurité juridique serait alors garantie.

Dans ce contexte, il convient de souligner la question de l'effectivité des sanctions. En effet, la compétence exercée apparaît dépourvue d'intérêt si le juge ne dispose d'aucun moyen pour garantir l'exécution effective de sa décision. Or, celle-ci dépend de l'existence d'un « levier permettant d'assurer l'emprise de la contrainte étatique sur l'espace virtuel. »<sup>269</sup> Au niveau individuel et hors de toute considération commerciale,<sup>270</sup> un tel « levier » apparaît complexe à dégager. Il semble alors plus facile de sanctionner les

---

<sup>263</sup> Voir *supra*, p. 37 et s.

<sup>264</sup> Voir *supra*, p. 10.

<sup>265</sup> Voir *supra*, p. 47.

<sup>266</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 décembre 2010, COM (2010) 748 final.

<sup>267</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*

<sup>268</sup> *Ibid.*

<sup>269</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p.439.

<sup>270</sup> *Ibid.* Selon ces auteurs, l'exécution spontanée de l'ordonnance rendue dans le cadre de l'affaire « Yahoo ! » a tenu finalement, sans doute, à des considérations commerciales dans la mesure où les importants bénéfices que réalisait cette société en France auraient pu être saisis.

intermédiaires de l'Internet<sup>271</sup> puisqu'ils ont une implantation territoriale, que les auteurs directs de cyberdélits. C'est pourquoi on ne peut que se réjouir de l'actuel développement de la responsabilité des intermédiaires de l'Internet.<sup>272</sup> On assiste ainsi à une évolution de la création du droit engendrée par l'Internet.<sup>273</sup> Comme le dit William Shakespeare dans la tragédie *Cymbeline*, « faisons face au temps comme il vient et change. »<sup>274</sup>

---

<sup>271</sup> Qu'il s'agisse des fournisseurs d'hébergement, des fournisseurs d'accès ou encore des agents de référencement.

<sup>272</sup> À titre d'exemples : CJUE, 12 juill. 2011, Aff. C-324/09 ; CJUE, 23 mars 2010, Aff. C-236/08 ; loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

<sup>273</sup> Voir R. Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, Thèse de doctorat de l'Université Rennes I, juillet 2004.

<sup>274</sup> W. Shakespeare, *Cymbeline*, Theatrales Eds, 2001.

## Bibliographie

### Ouvrages généraux :

- ◆ B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 4<sup>ème</sup> édition, 2006.
- ◆ L. d' Avout, B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 6<sup>ème</sup> édition, 2010.
- ◆ D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, 2<sup>ème</sup> édition, Thémis droit, PUF, 2010.
- ◆ D. Bureau, H. Muir-Watt, *Le droit international privé*, Que sais-je ?, Puf, 2007.
- ◆ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF quadrige, 9<sup>ème</sup> édition, 2011.
- ◆ B. von Hoffman, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, Verlag C.H. München, 9<sup>ème</sup> édition, 2007.
- ◆ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, 5<sup>ème</sup> édition, 2004.
- ◆ P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchretien Lextenso Edition, 10<sup>ème</sup> édition, 2010.
- ◆ M.-L. Niboyet, G. De Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, L.G.D.J. Lextenso Editions, 2<sup>ème</sup> édition, 2009.
- ◆ T. Rauscher, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller UTB, 2<sup>ème</sup> édition, 2002.

### Ouvrages spécialisés :

- ◆ J. Adolphen, *Internationales Verfahrensrecht*, Springer-Verlag, 2011.
- ◆ C. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht, Im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, VVF Verlag, 2002.
- ◆ B. Beignier, B. de Lamy, E. Dreyer, dir., *Traité de droit de la presse et des médias*, Lexis Nexis Litec, 2009.
- ◆ J.-S. Bergé, « La résolution des conflits de lois », in G. Chatillon, *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Bruylant, 2003.

- ◆ R. Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, Thèse de doctorat de l'Université Rennes I, juillet 2004.
- ◆ K. Boele-Woelki, C. Kessedjan (codir.), *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 Mollengraff de droit privé de l'Université d'Utrecht et la Conférence de la Haye de Droit international privé, Kluwer Law International, 1998.
- ◆ O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002.
- ◆ H. Dehnert, *Der deliktische Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden und Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Eine Untersuchung des europäischen und deutschen internationalen Zivilverfahrensrechtes und des internationalen Privatrechtes*, Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2011.
- ◆ V. Fauchoux, P. Deprez, *Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages*, Lexis Nexis Litec, 2008.
- ◆ C. W. Fröhlich, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, Verlag Dr. Kovač, 2008.
- ◆ R. Geimer, R. A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, C.H.Beck Verlag, 1<sup>ère</sup> édition, 1997.
- ◆ L. Grave-Raulin, *Règles de conflits de juridictions et règles de conflits de lois appliquées aux cyberdélits*, Mémoire de Master II professionnel en droit de l'Internet public, Université Paris I Panthéon Sorbonne, septembre 2008.
- ◆ M. von Hinden, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet : das anwendbare Recht*, Mohr Siebeck, 1999.
- ◆ R. Junker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 42 EGBGB*, C.H. Beck, 4<sup>ème</sup> édition, 2006.
- ◆ K. Kindereit, *Die Tatortregel bei Internetdelikten, Zur Anknüpfung haftungsrechtlich relevanten Verhaltens in der vernetzten Welt*, Dissertation.de - Verlag im Internet, 2005.
- ◆ K. Kreuzer, *Münchener Kommentar zum BGB, Art. 38 EGBGB*, 3<sup>ème</sup> édition, 1998.
- ◆ J.-P. Niboyet, « La loi du maximum de différences des lois internes et traités diplomatiques », *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944.
- ◆ C. Nourissat, « Le champ d'application du Règlement « ROME II » », in *Le*

*Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 – Dijon, Lexis Nexis Litec, 2008.

- ◆ G. Quintero Olivares, « La cybercriminalité et la responsabilité pénale des prestataires de services », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, Editions Cujas, 2006.
- ◆ T. Rauscher, J. Wenzel, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, C.H. Beck, 3<sup>ème</sup> édition, 2008.
- ◆ J. von Staudinger, B. von Hoffman, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 42 EGBGB*, C.H. Beck, 4<sup>ème</sup> édition, 2006.
- ◆ R. Verrue, « European Union initiatives in the fields of Internet Law », in *Internet International Law*, Bruylant, 2005.

#### Articles :

- ◆ L. d'Avout, « Internet. Accessibilité ou focalisation : la Cour de justice tranche mais ne convainc pas », *La semaine juridique – Edition générale* n° 5, 31 janvier 2011.
- ◆ J.-M. Bischoff, « Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe », *RCDIP* n° 2, 15 juin 2000.
- ◆ N. Brault, « Le droit applicable à internet, De l'abîme aux sommets », *Légicom* n° 12, avril - mai - juin 1996.
- ◆ O. Cachard, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *RLDI* n°63, août - septembre 2010.
- ◆ C. Caron, « Contrefaçon ou concurrence déloyale réalisée sur un site Internet étranger : recherche solutions claires désespérément ! », *Comm. Com. Elec.* n° 10, octobre 2007.
- ◆ C. De Haas, « L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'Internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée », *LPA* n° 226, 13 novembre 2001.
- ◆ F. Guerchoun, S. Piedelièvre, « Le Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *Gazette du Palais* n° 296, 23 octobre 2007.
- ◆ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RDCAI*, t. 196, 1986.

- ◆ G. Lardeux, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits », *Recueil Dalloz* n° 19, 13 mai 2010.
- ◆ F. Marchadier, « Le for du délit virtuel », *Légipresse* n° 228, janvier - février 2006.
- ◆ E. M. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement en Europe occidentale », *RCADI*, t. 49, 1934.
- ◆ Mendoza-Caminade, « Conflit de juridictions et délit commis sur Internet », *La semaine juridique – Edition entreprise et affaires* n° 11, 18 mars 2010.
- ◆ H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, mars 2000.
- ◆ R. Di Noto, « La compétence internationale des juridictions françaises et allemandes en matière de cyberdélits de concurrence déloyale et de contrefaçon », 17 avril 2009, disponible sur : [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com).
- ◆ L. Perreau-Saussine, « Les mal-aimés du règlement Rome II : les délits commis par voie de média », *Recueil Dalloz* n° 24, 2009.
- ◆ T. Verbiest, « Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente », *L'écho*, 16 novembre 2000.
- ◆ M. Yang, « ACM International Conference Proceeding Series », dans *Proceedings of the 7th International Conference on Electronic Commerce*, Vol. 113, mars 2006, disponible sur <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

### **Textes et projets :**

- ◆ Code civil.
- ◆ Code de procédure civile.
- ◆ Code de propriété intellectuelle.
- ◆ Convention relative à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise 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 du 26 mai 1989.
- ◆ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.
- ◆ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883.
- ◆ Directive (CE) No 2002/21 du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

- ◆ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) du 21 septembre 1994.
- ◆ Gesetz gegen unlauteren Handlungen (UWG) du 3 mars 2010.
- ◆ Gesetz zum Internationalen Privatrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen du 1<sup>er</sup> juin 1999.
- ◆ Etude de la Commission européenne, « Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality », JLS/2007/C4/028. Final Report, février 2009.
- ◆ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 décembre 2010, COM (2010) 748 final.
- ◆ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») du 21 février 2006, COM (2006) 83 final.
- ◆ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») du 22 juillet 2003, COM (2003) 427 final.
- ◆ Rapport de l'Union Internationale des Télécommunications de septembre 2007 : « Tendances des réformes dans les télécommunications 2007 : La route vers les réseaux de prochaine génération », 8<sup>ème</sup> édition, septembre 2007.
- ◆ Rapport de l'Association des utilisateurs d'Internet : « Pour une intégration sereine et un développement harmonieux d'Internet dans la société française », 7 juin 1996.
- ◆ Rapport de la Cour de cassation 2005 : « L'innovation technologique », Documentation française, 2006.
- ◆ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »).
- ◆ Règlement (CE) No 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).
- ◆ Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »).
- ◆ RFC 1855 Netiquette Guidelines, rédigé pour l'Internet Engineering Task Force par S. Hambridge, octobre 1995, disponible sur <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html>.
- ◆ Zivilprozessordnung.

### Sites internet :

- ◆ <http://www.coe.int>
- ◆ <http://www.interieur.gouv.fr/>
- ◆ <http://www.itu.int/fr/pages/default.aspx>
- ◆ <http://www.hackerwatch.org>.
- ◆ <http://eur-lex.europa.eu/>
- ◆ [http://www.itu.int/dms\\_pub/itu-d/opb/reg/D-REG-TTR.9-2007-SUM-PDF-F.pdf](http://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/reg/D-REG-TTR.9-2007-SUM-PDF-F.pdf)
- ◆ <http://www.sri.ucl.ac.be/SRI/rfc1855.fr.html>
- ◆ <http://fr.rsf.org>
- ◆ <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>
- ◆ [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com)
- ◆ <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html>

### Images :

Les schémas sont basés sur des graphismes mis à disposition par la fondation Wikimedia Commons et enregistrés par leurs auteurs respectifs :

- ◆ Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0  :
  - 百樂兔 ([http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Balance\\_icon.svg](http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Balance_icon.svg))
  - NordNordWest ([http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Germany\\_location\\_map.svg](http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Germany_location_map.svg))
  - Eric Gaba ([http://commons.wikimedia.org/wiki/File:France\\_location\\_map-Regions.svg](http://commons.wikimedia.org/wiki/File:France_location_map-Regions.svg))
  - Acntx ([http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cote\\_d%27Ivoire.png](http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cote_d%27Ivoire.png))
  - jlorenz1 (<http://commons.wikimedia.org/wiki/File:England.svg>)
  - Theshibboleth ([commons.wikimedia.org/wiki/File:Blank\\_US\\_Map.svg](http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Blank_US_Map.svg))
  - mTixier (Personnages et maisons)
- ◆ Licence GNU (GNU Lesser General Public License) :

- David Vignoni (<http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gnome-globe.svg>)
- ◆ Domaine public :
  - Les fichiers vectoriels des drapeaux sont de domaine public.
  - KarzA ([http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Kantone\\_der\\_Schweiz.svg](http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Kantone_der_Schweiz.svg))

## Synthèse - Zusammenfassung

### Die gerichtliche Zuständigkeit und die Rechtskollisionsnormen bei Cyberdelikten im französischen und deutschen internationalen Privatrecht

Die Liberalisierung der Telekommunikationsdienste in den 90er Jahren führt zur Notwendigkeit interne, europäische und weltumspannende gesetzgebende Strukturen dem Internet anzupassen. Seit der zweiten Hälfte der 90er Jahre wird es als Instrument immer allgegenwärtiger auf wirtschaftlicher, sozialer, kultureller Ebene, im Bereich der Erziehung und des Regierungswesens.<sup>275</sup> Es handelt sich um die technische Infrastruktur deren Wachstum die schnellste ist.<sup>276</sup>

Rufen wir uns dem Anfang des Internetrechts in Erinnerung. Im Jahre 1994 gehen nur 10 Millionen Personen in der ganzen Welt online während Frankreich im Jahre 2008 mehr als 15 Millionen Internetteilnehmer zählt.<sup>277</sup> Nur ein geringer Teil der Bevölkerung kannte also dieses Kommunikationsinstrument und es gab kein Gesetz oder keine Gerichtsentscheidung in diesem Bereich.<sup>278</sup> In dieser Zeit stellt das Internet einen absoluten Freiheitsraum dar.

---

<sup>275</sup> *Verrue*, European Union initiatives in the field of Internet Law, in *Internet International Law*, Bruylant, 2005, S. 345.

<sup>276</sup> *Yang*, ACM International Conference Proceeding Series, Proceedings of the 7th International Conference on Electronic Commerce, Band 113, März 2006, S. 52 – 56, abrufbar: <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (Zugriff am 28.11.2011).

<sup>277</sup> *Fauchoux/Deprez*, Le droit de l'Internet, Lois, contrats et usages, Lexis Nexis Litec, 2008, S. 1.

<sup>278</sup> *Ibid.*

Allerdings erscheint schnell die Notwendigkeit einer Reglementierung. Da es kein spezifisches Gesetz gab, haben die Internetbenutzer selbst einen nicht - juristischen Rahmen von Regeln aufgebaut. Im Jahre 1995 wurde das „Netikette“<sup>279</sup> geboren. Es handelt sich um Verhaltensempfehlungen, denen die Internetbenutzer folgen sollen. Diese Selbstregulierung stieß jedoch schnell auf ihre Grenzen und zeigte, wie ineffektiv sie war.<sup>280</sup>

Die Anwendung von nationalen Rechtsregeln verursacht keine großen Schwierigkeiten: die Problematik ergibt sich aus der Internationalität des Internetnetzes.<sup>281</sup> Internet ist ein universell funktionierendes soziales und geschäftliches universellen Kommunikationsnetz, dessen Grenzen nicht definiert sind. Die Immaterialität und vor allem die Ubiquität des Netzes<sup>282</sup> führt dazu, dass sich die juristische Frage auf internationale Ebene stellt.<sup>283</sup>

Das Internet ist unter anderem ein potentieller Ort für Delikte, die die zivilrechtliche Verantwortlichkeit<sup>284</sup> des Täters betrifft (zum Beispiel wenn ein Internetbenutzer einen Inhalt online stellt). Im Internet ist es schwierig, die Grenze zwischen Rechtmässigkeit und Widerrechtlichkeit klar zu definieren. Wir werden uns für zivilrechtliche Delikte interessieren, die als „Cyberdelikte“ bezeichnet werden, wenn das Internet bei der Handlung oder im Schadensfall eine Rolle spielt.<sup>285</sup>

Das Thema ist also, die zuständige Gerichtsbarkeit und das anzuwendende Recht für solche Situationen zu bestimmen, insofern als mehrere Staaten betroffen sind. Die Ortsbestimmung der Delikte ist problematisch, wegen des Widerspruchs zwischen der Territorialität der Delikte und der Ubiquität des Netzes.<sup>286</sup> In der Tat liegen die Grundsätze von Souveränität und Territorialität dem internationalen Privatrecht zugrunde, während das

---

<sup>279</sup> *Hambridge*, RFC 1855 Netiquette Guidelines, auf Antrag des Internet Engineering Task Force, Oktober 1995, abrufbar: <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html> (Zugriff am 28.11.2011).

<sup>280</sup> Bericht des „Association des utilisateurs d’Internet“ vom 7. Juni 1996 : „Pour une intégration sereine et un développement harmonieux d’Internet dans la société française“, abrufbar: <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html> (Zugriff am 28. 11.2011).

<sup>281</sup> *Brault*, Le droit applicable à internet, De l’abîme aux sommets, Légicom Nr. 12, April – Mai - Juni 1996, S. 1.

<sup>282</sup> *Bergé*, La résolution des conflits de lois, in *Le Droit International de L’internet - Actes du Colloque*, Ministère de La Justice, Paris, 19-20. November 2001, Bruylant, 2003.

<sup>283</sup> *Bureau/Muir-Watt*, Droit international privé, Que sais-je ?, Puf, 2007.

<sup>284</sup> EuGH, 27.09.1988, Rs. 189/87. EuGH, 17.06.1992, Rs. C-26/91.

<sup>285</sup> *Cachard*, Jurisdiction compétente et loi applicable en matière délictuelle: retour sur la méthode de la focalisation, RLDI Nr. 63, August – September 2010, S. 15.

<sup>286</sup> *Ibid.*

Internet ein virtueller Raum ist, ohne wirkliche Grenze, ubiquitär und unabhängig von Staaten.

Aus der Ubiquität folgt die Möglichkeit einer Trennung zwischen dem Handlungsort und dem Erfolgsort. Noch komplexer ist die Hypothese einer Vielzahl von Erfolgsorten. Man spricht jeweils von Distanzdelikten und Streudelikten.

Führen wir ein Beispiel an. D, eine deutsche in Deutschland lebende Privatperson, schreibt ein politisches Online-Tagebuch in englischer Sprache. Viele Englischsprechender Internetbenutzer folgen dieser Blog in Deutschland, in Frankreich, in England und auch in Amerika. In einem Artikel über die rechtsextremen Parteien Europas, beleidigt D die Präsidentin der französischen « Front National ». Diese verfolgt D wegen Verleumdung. Problematisch ist, dass der Schaden potentiell in allen Staaten entsteht, wo dieser Artikel gelesen wird. Dies erschwert die Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit und auch des anzuwendenden Rechts.

Es entsteht eine neue Problematik neben klassischen transnationalen Situationen, wenn es sich, wie bei unserem Beispiel, um Cyberdelikte handelt. Unsere Studie behandelt dieses Thema. Wir werden analysieren, wie zwei Staaten, insbesondere Frankreich und Deutschland, ihre Regeln über die gerichtliche Zuständigkeit und ihre Rechtskollisionsnormen außervertraglichen Schuldverhältnissen Bereich angepasst haben, um auf diese Entwicklung zu antworten.

## **Erster Teil - Die Regeln über die gerichtliche Zuständigkeit bei Cyberdelikten**

Durch die internationale Zuständigkeit wird bestimmt, die Gerichte welches Staates zur Entscheidung eines Rechtsstreites befugt sind. Man muss hier sowohl die Grundregeln in diesem Bereich als auch ihre Internet-Anpassungen analysieren.

### **I Die Grundregeln**

Als Mitglieder der Europäischen Union haben Frankreich und Deutschland die Verordnung 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in ihre jeweilige Gesetzgebung eingefügt. Diese Verordnung formuliert eine Grundregel des *actor sequitur forum rei* im Artikel 2:

« Vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen. »<sup>287</sup>

Allerdings sieht Artikel 5 besondere Zuständigkeiten vor. Bezüglich unerlaubter Handlungen kann eine Person mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht. Die Anwendung dieser Regel auf Ebene des Internets erweist sich jedoch aufgrund der aufgrund der Grenzen überschreitenden Eigenschaft des Netzes als schwierig. Tatsächlich hat der EuGH diesen Ort so ausgelegt, dass es sich sowohl um Handlungs-, als auch Erfolgsort handeln könnte.<sup>288</sup> Bei Cyberdelikten sind diese beiden Orte oftmals jedoch unterschiedlich.

Eine andere Hypothese wäre der nicht gewöhnliche Aufenthalt des Beklagten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats. In diesem Fall kann französisches und deutsches Recht

---

<sup>287</sup> Art. 2 der Verordnung 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

<sup>288</sup> EuGH, 30.11.1976, Rs. C-21/76.

subsidiär angewendet werden. Allerdings trägt dies nicht zu einer Verbesserung im Bereich von Cyberdelikten bei. Die Grundregel des Artikel 42 NCPC und Paragraph 12 ZPO ist bei dieser Verordnung identisch. Die gleiche Option ist auch in Artikel 46 NCPC und in Paragraph 32 ZPO geboten. Hierbei ist der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, komplex zu bestimmen. Diese Regel soll also so ausgelegt werden, um diese bei Cyberdelikten an die Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit anzupassen.

Die erste Hypothese von Distanzdelikten entwickelte sich im Bereich des Presserechts. Diese Fälle sind nicht mit jenen auf Internetebene identisch, da Veröffentlichungen kontrolliert werden können. Jedoch hat die Lösung des EuGH im *Fiona Shevill Fall*<sup>289</sup> eine Basis mit Einschränkungen geschaffen. Nach dieser Rechtsprechung kann die in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzte Person lediglich eine Klage auf Entschädigung erheben:

- vor den Gerichten des Mitgliedstaats des Ortes der Niederlassung des Herausgebers der Veröffentlichung, wobei diese Gerichte eine vollständige Entschädigung für die aus der Verletzung dieser Rechte entstandenen Schäden zuzusprechen oder
- vor den Gerichten jedes Mitgliedstaats, in dem die Veröffentlichung verbreitet wurde und in dem der Inhaber des Persönlichkeitsrechts geltend macht, in seinen Ansehen beeinträchtigt worden zu sein, wobei diese Gerichte nur für die Entscheidung über die verursachten Schäden im Staat des jeweils angerufenen Gerichts zuständig sind (die „sogenannte Mosaikbetrachtung“) oder
- vor den Gerichten des Mitgliedstaats, in dem sich der „Schwerpunkt des Konflikts“ zwischen besagten stehenden Gütern und Interessen befindet, wobei diese Gerichte dafür zuständig sind, eine vollständige Entschädigung für die aus der Verletzung des Persönlichkeitsrechts entstandenen Schäden zuzusprechen.

Diese Lösung wird entsprechend analog zu Cyberdelikten angewendet.<sup>290</sup> Problematisch ist jedoch die Eigenart des Internets. Anfangs entschieden die französischen und deutschen Gerichtsbarkeiten, dass nur die Erreichbarkeit der Internetseite aus ihren Gebieten ihre Zuständigkeit begründete.<sup>291</sup> Die Option zugunsten der Gerichtsbarkeit des Schadensortes ist also weitgehend erweitert. Die Konsequenz ist jedoch die Konsekration einer universellen Zuständigkeit, die besprochen wird.<sup>292</sup> Wenn alle Länder solche Regeln

---

<sup>289</sup> EuGH, 7.03.1995, Rs. C-68/93.

<sup>290</sup> *Beignier/de Lamy/Dreyer*, *Traité de droit de la presse et des médias*, Lexis Nexis Litec, 2009, S. 1370.

<sup>291</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9.12.2003, *Société Castellblanch contre Société Champagne Louis Roederer*. BGH, 13.10.2004 NJW 2005, 1435.

<sup>292</sup> *Verbiest*, *Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente*, *L'écho*, 16. November 2000.

verabschieden, könnte also der Verletzer vor den Gerichten aller dieser Länder verklagt werden. Aus dieser universellen internationalen Zuständigkeit folgt also die Gefahr von *forum shopping*, Rechtsunsicherheit, Unvorhersehbarkeit und Vollstreckungsproblemen.<sup>293</sup>

## II Ein fortgeschrittener aber umstrittener Ansatz

Als Antwort haben die französischen und die deutschen Gerichtsbarkeiten sich für die aus Amerika stammende Methode der „engsten Verbindungen“ interessiert. Der amerikanische Richter hat in der Tat in dem „*Blue Note Fall*“<sup>294</sup> 1996 entschieden, dass der einfache Zugriff auf eine Internetseite nicht ausreichend war, um die gerichtliche Zuständigkeit zu begründen. Bedeutsam war, dass die Internetseite auf ein besonders Publikum gerichtet war. Im vorliegenden Fall war die Internetseite nicht an das Publikum des Staates gerichtet, dessen Gericht angerufen worden war ; deswegen hat sich dieses Gericht für unzuständig erklärt. Diese Lösung führt zu der Unterscheidung zwischen einer „aktiven“ und „passiven“ Internetseite. Es scheint also notwendig zu sein, eine Verbindung zwischen der strittigen Internetseite und dem Staatsgebiet oder dem Publikum des anzurufenden Gerichts herzustellen.

Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Methode angeschlossen. In einem Urteil vom 30. März 2006<sup>295</sup> fordert er, dass die Aktivität nach Deutschland gerichtet sein muss, um seine Zuständigkeit zu erklären. Seitdem ist diese Methode von den deutschen Gerichtsbarkeiten angewendet worden.<sup>296</sup> Die Internetseite muss auf deutschem Gebiet als „aktiv“ angesehen werden. Dies ist erfüllt, wenn diese sich an ein deutsches Publikum richtet. Mehrere Kriterien können dabei berücksichtigt werden: die Sprache, die Währung, die Maßeinheiten,...<sup>297</sup>

Im Gegensatz dazu findet man in der französischen Rechtsprechung des „*Cour de cassation*“ keine Bestätigung dieser Methode. Die Initiatorin dieser juristischen Wende ist

---

<sup>293</sup> *Marchadier*, Le for du délit virtuel, *Légipresse* Nr. 228, Januar/Februar 2006, S. 7-14. *Lardeux*, La compétence internationale des tribunaux français en matière de cyberdélits, *Recueil Dalloz*, 13. Mai 2010 Nr. 19, S. 1185.

<sup>294</sup> District Court of New York, Urteil vom 9. September 1996, *Bensusan Restaurant Corporation gegen King*, 937 F. Supp. 295.

<sup>295</sup> BGH, 30.03.2006, NJW 2006, 2630.

<sup>296</sup> OLG München, 08.10.2009 ; OLG Köln, 30.10.2007 ; LG Düsseldorf, 09.1.2008.

<sup>297</sup> *Marchadier*, Le for du délit virtuel, *op. cit.*

der französische „Cour d’appel“ von Paris. In einem Urteil von 2006<sup>298</sup> ist er der Ansicht, dass, man im Einzelfall eine ausreichende, substantielle oder bedeutsame Verbindung nachweisen muss, um die Systematik einer territorialen Zuständigkeit der französischen Gerichtsbarkeiten zu vermeiden, sobald es um Handlungen auf das Internet handelt. Seitdem stellt er also die Position des „Cour de cassation“ in Frage und ermisst *in concreto*, ob die Internetseite an das französische Publikum gerichtet ist.

Diese Entscheidung des „Cour d’appel“ von Paris ist jedoch problematisch, da die oberste Gerichtsbarkeit damit nicht einverstanden ist. Der französische „Cour de cassation“, als er darüber 2010 zu entscheiden hatte, bestätigt das Prinzip, nachdem der einfache Zugriff auf eine Internetseite ausreichend ist, um die gerichtliche Zuständigkeit zu begründen.<sup>299</sup> Außerdem scheint der „Cour d’appel“ von Paris sich selbst für eine Revision seines Urteils aussprechen. In einem Urteil vom 2. Oktober 2009<sup>300</sup> hat er die Kriterien angewendet, die für den Zugriff auf eine Internetseite gelten, um seine Zuständigkeit zu begründen. Der Widerstand gegen die Position des „Cour de cassation“ wurde also aufgegeben. Dieses unerwartete Urteil zeigt die Instabilität in der Frage der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit bei Cyberdelikten. Die französische Position muss klar definiert werden, das heißt es ist notwendig, dass der „Cour de cassation“ und der „Cour d’appel“ von Paris sich für eine gemeinsame Lösung entscheiden, damit eine bessere Rechtssicherheit gewährleistet wird. Jedoch gibt es wieder die Unklarheit mit der Interpretation des Europäischen Gerichtshofs, was dem Artikel 5 § 3 der Verordnung „Brüssel I“ anbetrifft.

Der Bundesgerichtshof und das „Tribunal de grande instance“ von Paris haben den Europäischen Gerichtshof über die Auslegung des Artikel 5 § 3 der Verordnung „Brüssel I“ um eine Vorabentscheidung gebeten.<sup>301</sup> Es handelte sich daran zu wissen, ob der einfache Zugriff auf die Internetseite ausreichend war, um die gerichtliche Zuständigkeit zu begründen, oder, ob man eine ausreichende, substantielle oder bedeutsame Verbindung untersuchen sollte. Diese Problematik war im Bereich der Persönlichkeitsrechte schon vorhanden. Der Europäische Gerichtshof verweist auf den „*Fiona Shevill Fall*“<sup>302</sup> und scheint sich für eine ausreichende Verbindung zu entscheiden.<sup>303</sup> Man muss jetzt auf eine

---

<sup>298</sup> CA Paris, 26.04.2006, Ferrand S. et SA Normalu contre SARL Acet.

<sup>299</sup> Cass. com., 23.11.2010, F-D Sociétés AXA, Finaxa contre Google Inc et Google France.

<sup>300</sup> CA Paris, 02.10.2009, eBay Europe, France et Inc contre Société Maceo.

<sup>301</sup> Vorabentscheidung des TGI Paris, 06.04.2010, Rs. C-161/10. Vorabentscheidung des BGH, 09.12.2009, Rs. C-509/09.

<sup>302</sup> EuGH, Urteil vom 7.03.1995, Rs. C-68/93.

<sup>303</sup> EuGH, 07.12.2010, Rs. C-585/08 und C-144/09.

Bestätigung dieser Methode für alle im Internet begangenen Delikttypen auf europäischer Ebene warten, damit die Notwendigkeit einer ausreichenden Verbindung voll bestätigt wird und somit die Gerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten sich dieser Lösung anpassen.

Allerdings kann man diese Methode dahingehend kritisieren, dass sie zu einer umfassenden Analyse des Falls schon während des Verfahrensstadiums erfolgt.<sup>304</sup> Die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit geht hier über den Rahmen der juristischen Verfahrensweise hinaus. Es führt zu einer Vorwegnahme der potentiellen Lösung und bedeutet also für den Richter, sein Recht als anwendbar zu bestimmen.<sup>305</sup>

Nach der Aufzählung der internationalen privatrechtlichen Regeln über die gerichtliche Zuständigkeit bei Cyberdelikten werden wir uns jetzt für die Frage des anwendbaren Rechts interessieren.

---

<sup>304</sup> Caron, Contrefaçon ou concurrence déloyale réalisée sur un site Internet étranger : recherche solutions claires désespérément !, *Comm. Com. Elec.* Nr. 10, Oktober 2007, comm. 119.

<sup>305</sup> *Ibid.*

## Zweiter Teil - das anzuwendende Recht bei Cyberdelikten

Die Entscheidung, welches Recht anwendbar ist, wird durch die Rechtskollisionsnormen getroffen. Sowohl die europäischen Rechtskollisionsnormen als auch die französischen und die deutschen stellen die Tatortregel auf. Kann man die traditionelle Tatortregel aufrechterhalten, wenn von Cyberdelikten die Rede ist?

### I Tatortregel und Ubiquitätsprinzip bei Cyberdelikten

Nach einer langen und schwierigen Ausarbeitung<sup>306</sup> ist die Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rome II“) am 11. Januar 2009 in Kraft getreten.<sup>307</sup> Sie wird also auf nach diesem Datum eingetretenen Schadenshandlungen angewandt<sup>308</sup> und hat einen universellen Charakter.<sup>309</sup> Nach Artikel 1 gilt sie „für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“. Jedoch sieht sie eine Liste von Ausnahmen<sup>310</sup> vor, deren wichtigste unser Thema betrifft, nämlich die Persönlichkeitsrechte.<sup>311</sup> Diese Ausschließung wurde aus dem Scheitern der Verhandlungen über den Aufbau einer speziellen Regel in diesem Bereich geboren.<sup>312</sup> Die Staaten müssen also ihre eigenen Kollisionsnormen in diesem Bereich solange anwenden, bis eine Revision der Verordnung durchgeführt sein wird (ein Bericht der Kommission über die Anwendung „Rome II“ soll Anfang 2012 veröffentlicht werden).<sup>313</sup>

---

<sup>306</sup> *Guerchoun/Piedelièvre*, Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), Gazette du Palais Nr. 296, 23. Oktober 2007, S. 4.

<sup>307</sup> Art. 2 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> Art. 3 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>310</sup> Art. 1 § 2 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>311</sup> Art. 1 § 2 lit. g der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>312</sup> *Nourissat*, Le champ d'application du Règlement « ROME II », in Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Lexis Nexis Litex, 2008, S. 23.

<sup>313</sup> Art. 30 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

Wenn fast alle Mitgliedstaaten sich auf die Tatortregel berufen, so weicht die konkrete Anwendung dieses Prinzips in dem Fall davon ab, wenn es in mehreren Mitgliedsstaaten Anknüpfungspunkte dafür gibt.<sup>314</sup> Insofern stellt die gleichförmige Grundregel des Artikel 4 § 1 der Verordnung einen erheblichen Fortschritt dar.

Diese Verordnung passt also die Tatortregel an und spricht sich für die Anwendung des Rechts des Erfolgsorts aus. Da der Handlungsort und der Erfolgsort bei Cyberdelikten oft unterschiedlich sind, gewährleistet diese Entscheidung mehr Rechtssicherheit.

Die französische und die deutsche Rechtskollisionsnormen sind jedoch unterschiedlich. Seit dem „*Lautour Fall*“<sup>315</sup> 1948 wird die traditionelle Tatortregel als Prinzip in Frankreich angewandt, das heißt sowohl das Recht der Handlung als auch das Recht des Orts, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, soll angewendet werden können. Dieses Prinzip war zuerst auch in Deutschland angewendet und wurde als Ubiquitätsprinzip bezeichnet.<sup>316</sup> Allerdings versuchte die Reform von 1999<sup>317</sup> diese unbefriedigende Situation zu klären. Der Artikel 40 I EGBGB führt also zu einer Hierarchisierung dieser beiden Rechte zugunsten des Recht der Handlung. Ein Optionsrecht wird dem Verletzten angeboten: er kann die Anwendung des Rechts des Erfolgsorts fristgemäß verlangen.<sup>318</sup> Wenn er von diesem Recht nicht Gebrauch macht, ist das Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat, anwendbar.<sup>319</sup>

Jedoch scheint jede Ausführung der Tatortregel nicht auf die Eigenarten des Internets antworten zu können. Das Internet ist grenzenlos und erlaubt den Informationen überall, gleichzeitig abrufbar zu sein. Diese Allgegenwart ist deswegen problematisch.

Mehrere Theorien widmen sich der Bestimmung des Handlungsorts.<sup>320</sup> Es kann sich also um den Ort der Angebotskonzeption, den Ort der bestimmungsgemäßen Verbreitung oder den Standort des Servers handeln. Trotz aller diesen Theorien ist die Ortsbestimmung

---

<sup>314</sup> Erwägungsgrund Nr. 11 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>315</sup> Civ, 1<sup>ère</sup>, 25.05.1948, Lautour, D. 1948. 357, note P. L. P., JCP1948.

<sup>316</sup> *Kinderheit*, Die Tatortregel bei Internetdelikten, Zur Anknüpfung haftungsrechtlich relevanten Verhaltens in der vernetzten Welt, Dissertation.de – Verlag im Internet, 2005, S. 20.

<sup>317</sup> Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen vom 1. Juni 1999.

<sup>318</sup> Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

<sup>319</sup> Art. 40 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 40 Abs. 1 S. 1.

<sup>320</sup> *Auer*, Deutsches internationales Deliktsrecht, Im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, VVF Verlag, 2002, S. 158 ff.

des Internetbenutzers in der realen Welt jedoch schwer zu definieren. Deshalb ist die Lösung des Handlungsorts unbefriedigend für den Bereich von Cyberdelikten.

Man kommt zur gleicher Feststellung bei der Anwendung des Rechts des Erfolgsorts angesichts von Streudelikten. Diese bei Cyberdelikten oft eintretende Situation beruht auf der Hypothese, dass der Schaden in mehreren Staaten aufgetreten ist. Jedes Recht könnte also angewendet werden (Parallele mit der universellen Zuständigkeit der Gerichtsbarkeiten). Die Lösung wäre also die Anwendung der sogenannten Mosaikbetrachtung;<sup>321</sup> letztere würde aber ein Zersplittern der Streitsache bedeuten, eine komplexe Aufwendung soweit mehr als zwei oder drei Staaten betroffen sind und auch ein unvorhersehbares Verfahren für den Beklagten.<sup>322</sup>

Angesichts dieser unbefriedigenden Situationen und insofern als eine spezifische Regel bei Cyberdelikten fehlt, werden wir zeigen, ob wir zumutbaren Lösungen in den Ausnahmen dieses Prinzips finden können.

## **II Gerechtigkeit durch Auflockerung und Spezialregeln ? Andere Ansätze zur Anknüpfung von Cyberdelikten**

Wegen der Abstraktheit der Tatortregel wird die Tatortanknüpfung oft als zufällig oder unangemessen angesehen. Die Auflockerung des Deliktsstatuts stellt deshalb ein Mittel dar, die Parteiinteressen und die kollisionsrechtliche Gerechtigkeit zu berücksichtigen. Man unterscheidet dabei drei Auflockerungen. Der Anknüpfungspunkt des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien ist die Erste. Es ergibt sich aus dem Artikel 40 Absatz 2 EGBGB und aus dem Artikel 4 § 2 der Verordnung „Rome II“. Jedoch ist dieses nicht wirklich relevant angesichts unseres Themas. Einschlägiger ist, tatsächlicher und rechtlicher Sonderbeziehungen oder einer Rechtswahl Rechnung zu tragen. Nur, wenn die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat hat, so ist nach Artikel 4 § 3 der Verordnung „Rome II“ und 41 EGBGB das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Eine entsprechende analoge Anwendung des französischen „Cour de

---

<sup>321</sup> *Fröhlich*, The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law, Verlag Dr. Kovač, 2008, S. 64.

<sup>322</sup> *Ibid.*

cassation“ findet man in dem „*Mobil North Sea Fall*“<sup>323</sup> von 1999. Dieser wird durch den „*Sisro Fall*“<sup>324</sup> von 2002 bestätigt. Jedoch weder die europäischen noch die französischen und deutschen Regeln sehen eine erschöpfende Liste von Faktoren vor, die berücksichtigt werden können, um solche offensichtlichen engeren Verbindungen zu begründen. Die letzte Auflockerung ist die Möglichkeit für die Parteien, das an ihrem Streit anzuwendende Recht frei zu bestimmen. Dies ist durch die Artikel 14 § 1 der Verordnung „Rome II“ und 42 EGBGB gegeben. Diese Rechtswahl ist jedoch nicht uneingeschränkt. Sie soll sowohl den zwingenden Vorschriften<sup>325</sup> als auch dem „ordre public“<sup>326</sup> entsprechen. Außer dieser Verordnung sehen die französischen Regeln keine solche Rechtswahl vor, sondern nur einen „accord procédural“, der sehr eingeschränkt ist.<sup>327</sup>

Die Verordnung „Rome II“ enthält auch spezielle Kollisionsnormen,<sup>328</sup> die eine autonome Anknüpfung der betreffenden Delikttypen erlaubt. Wir werden uns für unlauteren Wettbewerb und die Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums interessieren, da diese beiden Fälle die relevantesten für unser Thema sind. Für beide schließt die Verordnung die Möglichkeit einer Rechtswahl aus.<sup>329</sup> „Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahr- scheinlich beeinträchtigt werden.“<sup>330</sup> Präziser ist der „beeinträchtigende Markt“, jener, auf dem die Wettbewerber handeln, um Kunden zu erwerben.<sup>331</sup> Beeinträchtigt jedoch ein unlauteres Wettbewerbsverhalten „ausschließlich die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers“, verweist die Verordnung auf die Grundregel des Artikels 4.<sup>332</sup> Problematisch ist es sofern mehrere Märkte beeinträchtigt sind. Das ist

---

<sup>323</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 11.05.1999, *Mobil North Sea*, D., 1999, somm. Comm. 295, obs. B. Audit ; JCP 1999. II. 10183, note H. Muir Watt ; JDI, 1999. 1048, note G. Légier ; Rev. Crit. DIP. 2000. 199, note J.-M. Bischoff.

<sup>324</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 5.03.2002, *Sisro*, JCP 2002. II. 10082, note H. Muir Watt ; Rev. Crit. DIP 2003. 440, note J.-M. Bischoff ; D., 2003. 58, note M. Josselin-Gall.

<sup>325</sup> Art. 42 EGBGB und Art. 14 § 2 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>326</sup> *Junker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 42 EGBGB, 4. Aufl., C. H. Beck S. 2469. Art. 16 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>327</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 19.04.1988, *Roho contre Caron*, Bull. Civ., 1988, 1, S. 711.

<sup>328</sup> Art. 5-12 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>329</sup> Art. 6 § 4 und 8 § 3 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>330</sup> Art. 6 § 1 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>331</sup> *Verbiest*, Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente, *op. cit.*

<sup>332</sup> Art 6 § 2 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

aber oft der Fall bei unlauterem Wettbewerbsverhalten im Internet. Man könnte die Mosaikbetrachtung anwenden,<sup>333</sup> die, wie schon gezeigt, nicht befriedigend ist. Anders ist die Kollisionsregel bei Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums. Hier wird das Schutzlandrecht angewendet.<sup>334</sup> Erklärt sich der Richter nach Artikel 5 § 3 „Brüssel I“ zuständig, folgt es also zur automatischen Anwendung des *lex fori*.<sup>335</sup> Dies ist aber problematisch bei Internetverletzungen, insbesondere im Bereich des Markenrechts wegen der Gebietswirkung des Markendepots.<sup>336</sup>

Zum Schluss schaffen die international-privatrechtlichen Regeln eine unbefriedigende Situation bei Cyberdelikten, weil sie der Eigenart des Internets nur unzureichend Rechnung tragen. Obwohl die Verabschiedung von speziellen Regeln komplex zu sein scheint, wäre dies ein erheblicher Fortschritt für die Konfliktlösung bei Cyberdelikten. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Sanktionseffektivität zu unterstreichen. In der Tat erweist sich die ausgeübte Zuständigkeit als nutzlos, wenn der Richter kein Mittel hat, um die effektive Vollstreckung seiner Entscheidung zu gewährleisten.<sup>337</sup> Deswegen erscheint die aktuelle Entwicklung der Verantwortlichkeit der Internet-Vermittler als ausschlaggebend. In der Tat ist es einfacher diese Vermittler zu sanktionieren da sie eine territoriale Niederlassung haben.<sup>338</sup> Man sieht also einer aus dem Internet ergebenden Entwicklung der Rechtsentstehung zu.<sup>339</sup>

---

<sup>333</sup> *Verbiest*, Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente, *op. cit.*

<sup>334</sup> Art. 8 § 1 der Verordnung 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>335</sup> *Verbiest*, Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente, *op. cit.*

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> *Bureau/Muir Watt*, Droit international privé, Band II, 2. Aufl. Thémis droit, PUF, 2010, S. 440.

<sup>338</sup> *Ibid.*

<sup>339</sup> *Berthou*, L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen, Thèse de doctorat de l'Université Rennes I, Juli 2004.

## Glossaire - Glossar

<b>Distanzdelikt</b>	Wenn Handlungsort und Erfolgsort divergieren.
<b>Erfolgsort</b>	Ort, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht.
<b><i>Forum shopping</i></b>	Das Ausnutzen der über die internationale Zuständigkeit Regeln, um bestimmter oder tatsächlicher Vorteile willen.
<b>Handlungsort</b>	Ort der « Begehung der Tat », das heißt, wo der Täter seine Handlungen vornimmt.
<b>Internationale Zuständigkeit</b>	Durch die internationale Zuständigkeit wird bestimmt, die Gerichte welches Staates zur Entscheidung eines Rechtsstreites befugt sind.
<b>Internet</b>	Weltweites Netzwerk, durch das Daten ausgetauscht werden. Das Internet ist grenzenlos und erlaubt den Informationen überall, gleichzeitig abrufbar zu sein.
<b>Mosaikbetrachtung</b>	Aufspaltung der gerichtlichen Zuständigkeit oder des anzuwendenden Rechts.
<b>Rechtskollisionsnorm</b>	Rechtskollisionsnormen klären Fälle, in denen auf denselben Sachverhalt verschiedene Rechte anwendbar sein könnte. Sie bestimmen, welches Recht anzuwenden werden muss.
<b>Rechtswahl</b>	Möglichkeit für die Parteien das auf ihren Rechtsstreit anzuwendende Recht zu wählen.
<b>Streudelikt</b>	Wenn eine Handlung zu unmittelbaren Schäden in verschiedenen Ländern führt (mehrere Erfolgsorte).
<b>Ubiquitätsprinzip</b>	Dieses Prinzip gilt bei Distanzdelikten und stellt also die Situation dar, wo Handlungs- und Erfolgsort voneinander entfernt sind. Die Rechte dieser beiden Orte können angewandt werden.