



Livre

2015

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet

Reymond, Michel

How to cite

REYMOND, Michel. La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet. Genève : Schulthess éd. romandes, 2015. (Collection genevoise. Droit international)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83219>

Droit
international

Michel Reymond

La compétence
internationale
en cas d'atteinte
à la personnalité
par Internet



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

LGDJ
lextenso éditions

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genevoise

Michel Reymond

La compétence internationale
en cas d'atteinte à la personnalité
par Internet



Droit international

Michel Reymond

La compétence
internationale
en cas d'atteinte
à la personnalité
par Internet



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

LGDJ
lextenso éditions

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2015

Thèse n° 871 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2015

ISBN 978-3-7255-8532-8 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
www.schulthess.com

Diffusion en France Lextenso Editions, 70 rue du Gouverneur Général Eboué FR –
92131 Issy les Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

ISSN Collection genevoise 1661-8963

A ma famille

Remerciements

En premier lieu, je souhaite dédier ce travail à ma famille, et notamment mon père Michel et ma sœur Didi, qui ont su m'accompagner, me soutenir, et m'encourager lors de l'élaboration de ce travail – ainsi que dans l'entier de mes études.

Je souhaite particulièrement remercier le Professeur Thomas KADNER GRAZIANO, directeur de ma thèse, qui m'a également offert l'opportunité d'être son assistant pendant déjà 3 ans. C'est grâce à son savoir, son enthousiasme et à sa bienveillance – et ceci dès le moment de la rédaction de mon mémoire de Master – que j'ai pu mener à terme les réflexions contenues dans ce travail.

Il m'est également important de chaleureusement remercier les Professeurs Gabrielle KAUFMANN-KOHLER et Gian-Paolo ROMANO, qui m'ont également épaulé et avec qui j'ai encore l'avantage d'entretenir des conversations des plus enrichissantes.

Mes collègues de la Faculté, dont la présence quotidienne m'est toujours stimulante, méritent également leur part de remerciements : Felix ADEN ; Dafina ATANASOVA ; Luc-Alain BAUMBERGER ; Joann CALOZ ; Johannes FOLGER ; Grégoire GEISSBUEHLER ; Patrick KEINERT ; Manuela SAENZ ; Ürün TEKIN, ainsi que d'autres qui se reconnaîtront.

Il me reste encore à nommer, quoique sans prétendre à l'exhaustivité, ceux dont le soutien amical a également servi à l'aboutissement de ce texte : Alexi ALLENBACH ; Claire DESCAMPS ; Kévin GOSSE ; Richard HILL ; Thomas HUA ; Corentin LONFAT ; Florian MAHIEU ; Gilles MERMINOD ; Elena NEIDHART ; la famille RICHERT, Aïmed SALHI, Nicolas TORRENT et Damien TOURNAIRE.

Préface

La thèse de Michel Reymond porte sur l'une des peut-être trois ou quatre questions les plus difficiles et controversées du Droit international privé de notre temps : la compétence internationale des tribunaux en matière de violations des droits de la personnalité commises via Internet, ainsi que la détermination du droit applicable en la matière.

En *droit matériel* de la responsabilité civile, il existe de profondes différences d'un pays à l'autre quand il s'agit de trouver un équilibre entre la liberté d'expression d'un côté et la protection de la vie privée de la personne concernée de l'autre. Par conséquent, dans les situations transfrontières, le résultat dans un cas concret dépendra souvent du droit applicable. Si les règles quant au droit applicable divergent, celui-ci dépendra à son tour de la question de savoir quels tribunaux de quels pays ont la compétence internationale pour trancher l'affaire.

En ce qui concerne la *compétence internationale*, l'arrêt *Shevill*, rendu en 1995 par la Cour de Justice de l'Union Européenne, a apporté des précisions importantes. La cour y a reconnu, dans le cadre de l'article 5 al. 3 du règlement Bruxelles I, pour les médias traditionnels, la compétence aussi bien des tribunaux situés au lieu du siège de l'éditeur pour l'entier des dommages subis, que des tribunaux situés à chacun des lieux de distribution pour la part du dommage ayant respectivement eu lieu dans ces pays. Quelques temps après l'arrêt *Shevill*, le succès de l'Internet a fortement augmenté les risques d'atteintes à la personnalité sur le plan transfrontalier. La nouvelle technologie et l'ubiquité du réseau ont remis en question les facteurs traditionnels dans la détermination de la compétence internationale et ont rendu nécessaires de nouvelles réponses et solutions.

La question du *droit applicable* en cas de violations des droits de la personnalité était déjà très controversée bien avant l'avènement de l'Internet et les solutions appliquées dans les différents pays se distinguaient considérablement les unes des autres. Lors des travaux qui ont mené au **règlement 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)**, la question du droit applicable aux atteintes aux droits de la personnalité a été particulièrement discutée. Les tentatives pour trouver un critère de rattachement uniforme pour le droit communautaire ont finalement

échoué et le règlement Rome II exclut cette matière de son champ d'application. Cette question, pourtant si importante en pratique, reste donc soumise au droit international privé de chacun des États Membres de l'Union européenne et la diversité des points de rattachement continue de subsister en la matière.

Se situant au sein de ces problématiques actuelles, le travail de Michel Reymond se concentre principalement sur la question de la *compétence internationale*. Ce choix se justifie par le fait que ce domaine précède en pratique le reste de l'analyse du droit international privé. En effet, selon la solution choisie au niveau de la compétence, celle-ci peut avoir une influence significative sur les critères à utiliser pour déterminer ensuite le droit applicable. Le travail commence par une introduction concise sur la nature de l'Internet et sur les caractéristiques techniques de la publication d'informations sur le World Wide Web. Ces informations sont essentielles pour la suite de la réflexion, car elles permettent de répondre à la question de savoir si les critères traditionnels de localisation des atteintes illicites sont encore pertinents dans le monde digital, ou si de nouvelles réponses doivent être trouvées. Ce chapitre, extrêmement clair et accessible aux profanes des technologies de l'information, se révèle d'un grand intérêt pour tout juriste intéressé – tant le juge confronté à un cas d'espèce que le chercheur qui, dans sa recherche de solutions, souhaiterait écarter toute erreur concernant les exigences techniques liées à l'Internet.

Puis, M. Reymond procède à une étude comparative, sur un plan global, des réponses que les tribunaux ont apportées à cette problématique. Cette partie du travail montre que ce sont les tribunaux australiens, anglais, américains et français qui ont en tout premier été confrontés aux atteintes à la personnalité commises par Internet. L'étude minutieuse effectuée par M. Reymond au sujet de ces jurisprudences nous permet de formuler d'importantes conclusions : en premier lieu, l'expérience des tribunaux anglais suggère que le simple fait qu'un site Internet soit accessible dans une juridiction et qu'il y ait été accédé ne devrait pas être, à lui seul, suffisant pour attribuer la compétence internationale à ces tribunaux. En effet, dans la jurisprudence anglaise, une telle approche, très libérale, a abouti à une pratique généralisée du *forum shopping*, ce qui a par la suite poussé le législateur anglais à intervenir. En second lieu, M. Reymond montre qu'au sein des ordres juridiques ayant traité de cette problématique, il s'est produit un abandon progressif du critère dit de l'accessibilité vers une application de divers tests de ciblage ou de *targeting*. Ces tests impliquent l'emploi d'une pluralité de critères qui permettent de mesurer si la publication sur Internet a tenté de viser un public situé dans le for. A cet effet, l'analyse comparative effectuée par M. Reymond révèle que la tendance en faveur d'un *targeting test* se retrouve aussi bien aux États-Unis qu'en France et en Angleterre.

En Octobre 2011, alors que la recherche de M. Reymond était en plein cours, la CJUE a rendu l'arrêt *eDate Advertising*. Dans celui-ci, la cour reconnaît que les spécificités de la publication par Internet rendent ce média différent des voies de publication traditionnelles. Cependant, la cour rejette toute approche de type *targeting*, confirmant au contraire la pleine application de l'arrêt *Shevill* aux atteintes commises par Internet, tout en ajoutant un nouveau for pour l'entier du dommage, situé au lieu du centre des intérêts de la victime, qui sera généralement le lieu de sa résidence habituelle. Vu les résultats de sa recherche comparative, M. Reymond qualifie cette décision de « surprise », de « coup de tonnerre venant frapper ce que nous avons constaté », ainsi que d'une « profonde rupture avec l'évolution jurisprudentielle constatée dans notre étude ». En effet, l'arrêt *eDate* offre un contraste saisissant avec les résultats de l'analyse de M. Reymond qui pointaient tous vers l'adoption d'un *targeting test* pour déterminer la compétence internationale en matière de violations des droits de la personnalité par Internet. En lisant l'étude de M. Reymond, et en constatant ses résultats, on est amené à se demander si le jugement dans *eDate* aurait été le même si la CJUE avait eu accès à ce travail lors de ses délibérations. Enfin, le résultat adopté dans l'arrêt *eDate* est d'autant plus surprenant que la CJCE avait, dans ses arrêts *Pammer et Hotel Alpenhof*, adopté elle-même un *targeting test*.

Par rapport à la question du *droit applicable*, M. Reymond constate, tout d'abord, l'étendue du blocage au sein des institutions européennes. Il se demande ensuite si l'arrêt *eDate* pourrait fournir de nouvelles pistes de réflexion. A cet égard, vu l'abandon du *targeting test* au niveau de la compétence dans l'arrêt *eDate*, il entrevoit que l'adoption d'un *targeting test* au niveau du droit applicable est peu probable dans la jurisprudence de la cour. Il adresse donc la question de savoir si le principe de la loi du pays d'origine, consacré par l'arrêt *eDate* pour introduire un nouveau for s'ajoutant aux fors qui étaient déjà reconnus dans *Shevill*, pourrait aider dans la détermination du droit applicable. Il constate pourtant que, dans l'ensemble, les réponses à la question du droit applicable restent actuellement encore obscures et exigent de considérer pleinement les conséquences de l'arrêt *eDate* avant toute formulation de proposition par rapport au droit applicable.

En s'appuyant sur les résultats de son profonde analyse, M. Reymond procède à une proposition qui s'oppose à la solution proposée dans *eDate*. Il développe son propre modèle de *targeting test*, adapté aux atteintes à la personnalité commises via Internet et - ceci est également novateur - assorti d'une série de critères spécifiques et détaillés permettant de l'appliquer avec une plus grande prévisibilité. M. Reymond décrit non seulement chacun des critères qu'il retient dans son modèle, mais il analyse également les forces et les faiblesses respectives de chacun d'entre eux. En procédant ainsi, il parvient à préciser la notion de ciblage et ouvre la discussion sur les forces et faiblesses

de chacun de ces éléments du *targeting test* qu'il nous soumet pour discussion. Cette proposition innovante posera certainement le décor des futures discussions en la matière.

La thèse de M. Reymond traite une matière complexe et controversée avec une remarquable clarté. Elle apporte une excellente contribution à l'un des problèmes les plus difficiles du droit privé moderne : la recherche de solutions face aux défis avancés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication. L'importance de la protection de la personnalité contre les atteintes commises par Internet, via le World Wide Web, ou par d'autres nouvelles technologies, n'est aujourd'hui plus remise en question. Dans ce domaine, il est important d'avoir des spécialistes disposant de connaissances tant dans ces nouvelles technologies que dans le droit (international privé). Michel Reymond a déjà été publié à plusieurs reprises dans le *Yearbook of Private International Law* (Vol. XIII (2011) 493-506 et Vol. XIV (2012/13)) et enseigne le droit de l'Internet dans une *Summer School* à Genève. Il appartient donc à un cercle (encore peu étendu) de chercheurs prometteurs qui manient avec la même aisance tant le droit que les nouvelles technologies.

Thomas KADNER GRAZIANO
Professeur à l'Université de Genève

Sigles et abréviations

AFRINIC	African Network Information Center
Alb. L. J. Sci. & Tech.	Albany Law Journal of Science and Technology
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
APNIC	Asia-Pacific Network Information Centre
ARIN	American Registry for Internet Numbers
Ariz. J. Int'l & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
Art.	Article
B. C. Int'l & Comp. L. Rev.	Boston College International and Comparative Law Review
B. C. L. Rev.	Boston College Law Review
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
C.T.R.L.	Computer and Telecommunications Law Review
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. R.	Cardozo Law Review
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review

ccTLD	Country Code Top Level Domain
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Chicago Law Review	Chicago Law Review
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CL	Convention du 30 Octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Comm. com. électr.	Communication – Commerce Electronique
Comms. L.	Communication Law
Comm. L. & Pol'y	Communication Law and Policy
Conn. J. Int'l L.	Connecticut Journal of International Law
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPC	Code de Procédure Civile (<i>France</i>) Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (<i>Suisse</i>)
CPR	Civil Procedure Rules
D.	Dalloz
DePaul L. Rev	DePaul Law Review
DNS	Domain Name System
E. H. R. L. R.	European Human Rights Law Review

Edin. L.R.	Edinburgh Law Review
Emory Int'l L. Rev.	Emory International Law Review
Ent. L. R.	Entertainment Law Review
Eur. J. Int'l L.	European Journal of International Law
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
GPS	Global Positioning System
gTLD	Generic Top Level Domain
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
HTTP	Hypertext Transfer Protocol
I. C. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ILSA J. Int'l & Comp. L.	ILSA Journal of International and Comparative Law
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
Int'l & Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int'l J. L. & Info. Tech.	International Journal of Law and Information Technology
IP	Internet Protocol
IRC	Internet Relay Chat
J. Int'l Media & Ent. L.	Journal of International Media and Entertainment Law
J. Internet L.	Journal of Internet Law

J. Marshall J. Computer & Info. L.	John Marshall Journal of Computer and Informational Law
JDI	Journal du Droit International
JCP G	La Semaine Juridique, Edition Générale
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
LACNIC	Latin American and Caribbean Internet Addresses Registry
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291 (Suisse).
LICRA	Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Melb. U. L. Rw.	Melbourne University Law Review
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.	Michigan Telecommunication and Technology Law Review
N. M. L. Rev.	New Mexico Law Review
N. Y. L. J.	New York Law Journal
N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Policy
N. Y. U. J. L. & Liberty	New York University Journal of Law and Liberty
Num.	Numéro

Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio St. L. J.	Ohio Street Law Journal
Okla. City U. L. Rev	Oklahoma City University Law Review
p.	Page
Pac. Rim. L. & Pol'y J.	Pacific Rim Law and Policy Journal
Par.	Paragraphe
PB6B	Practice Direction 6B
Penn. St. L. Rev.	Penn State Law Review
Pepp. L. Rev.	Pepperdine Law Review
PILA	Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995
POP 3	Post Office Protocol 3
Quinnipiac L. Rev.	Quinnipiac Law Review
R. D. T. I.	Revue du Droit des Technologies de l'Information
RTDeur	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RB	Règlement de Bruxelles I
Rev. Crit. DIP	Revue Critique de Droit International Privé
RIPE NCC	Réseaux IP Européens Network Coordination Centre
RJ	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance
Rutgers L. J.	Rutgers Law Review

S. C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S. Ill. U. L. J.	Southern Illinois University Law Journal
S. U. L. Rev.	Southern University Law Review
San Diego Int'l L. J.	San Diego International Law Journal
Santa Clara J. Int'l L.	Santa Clara Journal of International Law
Seton Hall Circuit Rev.	Seton Hall Circuit Review
Sing. J. Legal Stud., SJ	Singapore Journal of Legal Studies La Semaine Juridique
SMTP	Simple Mail Transfer Protocol
SPEECH Act	Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act, H.R. 2765, 111 th Congress (2009-2010).
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Temp. Int'l & Comp L. J.	Temple International and Comparative Law Journal
TLD	Top Level Domain
U. C. Davis L. Rev.	U. C. Davis Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Louisville L. Rev.	University of Louisville Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y	University of Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy
U. S. F. L. Rev	University of San Francisco Law Review

UEJF	Union des étudiants juifs de France
URL	Universal Resource Locator
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Va. L. Rev.,	Virginia Law Review
Vand. J. Ent. & Tech. L.	Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Wyo. L. Rev	Wyoming Law Review

Sommaire

Chapitre 1^{er} : Introduction	1
Section I La problématique de la diffamation par Internet	1
Section II Objectif, structure et champ de l'exposé	9
Chapitre 2^{ème} : Internet, spécificités et mode de publication	15
Section I Introduction et plan	15
Section II Présentation du réseau Internet	16
Section III Le mode de publication par Internet	27
Section IV Géolocalisation, filtrage et territorialisation d'Internet : l'arrivée de frontières virtuelles sur le réseau ?	31
Chapitre 3^{ème} : L'Angleterre	51
Section I Introduction	51
Section II Compétence	54
Section III Forum non conveniens	77
Section IV Droit applicable	85
Section V Conclusion sur le droit positif anglais	87

Section VI Perspectives d'avenir : le processus de réforme du droit anglais de la diffamation	88
---	----

Chapitre 4^{ème} : Les États-Unis **95**

Section I Introduction	95
------------------------	----

Section II Compétence	97
-----------------------	----

Section III Forum non conveniens	130
----------------------------------	-----

Section IV Droit applicable	133
-----------------------------	-----

Section V Conclusion sur le droit américain	138
---	-----

Chapitre 5^{ème} : la France **141**

Section I Introduction	141
------------------------	-----

Section II Compétence	141
-----------------------	-----

Section III Droit applicable	170
------------------------------	-----

Section IV Conclusion sur le droit français	172
---	-----

Chapitre 6^{ème} : la Suisse **173**

Section I Introduction	173
------------------------	-----

Section II Compétence	174
-----------------------	-----

Section III Droit applicable	178
------------------------------	-----

Section IV Conclusion sur la Suisse	181
-------------------------------------	-----

Chapitre 7^{ème} : Droit communautaire **183**

Section I Introduction	183
------------------------	-----

Section II Compétence	184
-----------------------	-----

Section III Droit applicable	207
Section IV Conclusion sur le droit européen	231
Chapitre 8^{ème} : Mise en commun	233
Section I Introduction	233
Section II Compétence	233
Section III Droit applicable	244
Section IV Synthèse générale : une asymétrie de solutions entre le domaine de la compétence et celui des règles de conflit de droit applicable	249
Chapitre 9^{ème} : Partie analytique	252
Section I Compétence	252
Section II Droit Applicable	320
Chapitre 10^{ème} : Conclusion	333
Bibliographie	335

Chapitre 1^{er} : Introduction

Section I La problématique de la diffamation par Internet

§ I. L'affaire Mahfouz v. Ehrenfeld

A) Une procédure anglaise pour un ouvrage américain

1. En 2003, Rachel Ehrenfeld, une auteure américaine résidant dans l'État de New York, publia « *Funding Evil: How Terrorism is Financed and How to Stop It* », un ouvrage consacré au financement du terrorisme. Son livre n'était distribué qu'à l'intérieur du territoire des États-Unis d'Amérique.

2. L'ouvrage alléguait que Khalid Bin Mahfouz, un homme d'affaires saoudien, avait été l'un des principaux contributeurs financiers de l'organisation terroriste Al Qaeda.¹ Contestant la véracité de cette accusation et estimant que celle-ci était propre à porter un préjudice à sa réputation, M. Mahfouz intenta une action en diffamation à l'encontre de Mme Ehrenfeld ainsi que son éditeur, la société Bonus Books.² Cependant, il ne porta pas son litige devant les tribunaux américains du domicile de la défenderesse. Il ne le fit pas non plus chez lui, en Arabie Saoudite. Son action fut portée dans un État tiers, l'Angleterre, lieu réputé pour disposer d'un droit de fond plus favorable aux victimes de diffamation que le droit américain.³ Pour deux raisons, Mme Ehrenfeld ne se rendit pas en Angleterre pour se défendre : d'une part, elle alléguait que les coûts liés à cette procédure, y compris les frais de déplacement, lui étaient trop onéreux; d'autre part, elle estima que cette action était une tentative

¹ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 03.05.05, Mahfouz v. Ehrenfeld, [2005] EWHC 1156 (QB), pars. 16-18.

² *Ibid.*, pars. 27-28.

³ Aux États-Unis, ce domaine est caractérisé par la conception libérale de la liberté d'expression, déduite par le *First Amendment* de la constitution américaine. Pour qu'une action en diffamation puisse réussir, on exige que la victime prouve que l'éditeur a agi de façon intentionnellement malicieuse. En Angleterre, en revanche, l'accent est porté sur la protection de la personnalité de la victime contre les fausses allégations. Il appartient donc au défendeur de prouver la véracité de ses dires, ou de montrer que son article a été rédigé de manière responsable et est digne d'intérêt public. Pour des comparaisons de ces deux régimes de fond dans le contexte de notre problématique, voir DAVID PARTLETT, *The Libel Tourist and the Ugly American: Free Speech in an Era of Modern Global Communications*, 47 U. Louisville L. Rev., 2009, p. 629ss; SARAH STAVELEY-O'CARROLL, *Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?*, 4 N.Y.U. J. L. & Liberty, 2009, p. 252ss, spéc. p. 255-259; KYU HO YOUM, *Liberalizing British Defamation Law : A Case of Importing the First Amendment ?*, 13 Comm. L. & Pol'y, 2008, p. 415ss, spec. p. 421-423. Voir enfin notre texte, en *infra* p. 51.

de censure contre laquelle elle se devait de protester par un acte de non-comparution. La High Court of Justice rendit alors un jugement par défaut.⁴

3. S'agissant de la compétence judiciaire, La *High Court of Justice* n'eut pas de difficulté à qualifier l'Angleterre comme étant un lieu dans lequel la réputation de la victime avait été atteinte de façon substantielle. L'ouvrage litigieux n'y était certes pas distribué par l'éditeur, mais le réseau Internet avait, par deux moyens, permis au public anglais de le consulter. En premier lieu, il était disponible sur le site de vente en ligne <www.amazon.co.uk>, et 23 exemplaires avaient été livrés en Angleterre par ce biais. En second lieu, son premier chapitre, qui contenait une partie des allégations sur Bin Mahfouz, était librement disponible à titre publicitaire sur le site d'information américain <www.abcnews.com>. Ce dernier avait été consulté en Angleterre par environ 211,000 visiteurs. La cour nota de plus que le défendeur était connu du milieu des affaires anglais et qu'il possédait des résidences secondaires en ce lieu. Elle conclut donc à l'existence d'un lien suffisamment étroit avec sa juridiction permettant de fonder sa compétence à l'encontre de Rachel Ehrenfeld.⁵ Quant à la détermination du droit applicable, celle-ci fut sommaire : Bin Mahfouz ayant limité ses prétentions au dommage subi en Angleterre, la loi anglaise trouva à s'appliquer. A l'issue de la procédure, la défenderesse fut frappée d'une interdiction de publier son ouvrage sur le sol anglais.⁶ Elle fut également condamnée à payer la somme de 30 000 livres de réparation ainsi qu'à publier un rectificatif.⁷

4. Khalid Bin Mahfouz, satisfait du jugement, ne chercha pas à le faire exécuter aux États-Unis. C'est alors que Rachel Ehrenfeld intenta une action devant les tribunaux de l'État de New-York en constatation de l'inexécutabilité du jugement anglais au motif que celui-ci ne respectait pas la liberté d'expression garantie par le *First Amendment* américain. En vain : Bin Mahfouz n'ayant pas de lien avec les États-Unis et n'ayant exprimé aucune volonté de procéder à l'*exequatur*, le juge se déclara incompétent en raison de l'exigence du *due process* américain.⁸

B) Réactions suite au jugement anglais

5. L'affaire Ehrenfeld provoqua un tollé dans la littérature américaine qui vit l'auteure comme une victime d'une pratique nommée le *libel tourism*. Celle-ci se définit comme une forme de *forum shopping* qui utilise à dessein la large approche juridictionnelle de certains États pour actionner des auteurs ou éditeurs devant des tribunaux éloignés et selon un droit de procédure et de fond étranger. On considéra que cette pratique était nuisible à la prévisibilité du droit applicable aux articles

⁴ Mahfouz v. Ehrenfeld, [2005] EWHC 1156 (QB), pars. 20-21.

⁵ *Ibid.*, pars. 22-23.

⁶ La méthode de détermination du droit applicable n'est pas mentionné dans le jugement, mais est consistante avec l'approche anglaise en la matière, expliquée dans ce travail en *infra* p. 86.

⁷ Mahfouz v. Ehrenfeld, par. 21 et 74-75.

⁸ *United States District Court*, 26.04.06, Ehrenfeld v. Mahfouz, No. 04 Civ. 9641(RCC), WL 1096816; *Court of Appeals of New York*, 20.12.07, Ehrenfeld v. Mahfouz, 9 N.Y.3d 501. Pour une définition de la notion de *due process* en matière de compétence aux États-Unis, voir notre texte en *infra* p. 97ss.

présents sur Internet. Elle fut aussi décriée comme un danger pour la liberté d'expression: Rachel Ehrenfeld avait écrit son ouvrage à l'attention du public américain, en avait limité sa distribution physique en conséquence, et se devait donc de bénéficier des protections matérielles garanties par le *First Amendment*. Mais la stratégie juridictionnelle de Bin Mahfouz avait pu contourner ces principes, et ainsi censurer les propos de l'auteure américaine. Se plaçant de plus dans le contexte brûlant de la lutte contre le terrorisme, cet acte fut considéré comme le musèlement d'une vérité nécessaire.⁹

6. La réaction américaine s'explique également par l'attitude de M. Bin Mahfouz. Celui-ci était réputé pour poursuivre systématiquement devant les tribunaux français ou anglais toute personne tentant de le lier au financement du terrorisme. Afin de s'assurer de la notoriété de ses manœuvres judiciaires, il publiait les jugements qu'il avait obtenus sur son site Internet personnel à titre d'exemple et d'avertissement.¹⁰ Quant à la réparation financière permise par ces jugements, elle ne l'intéressait guère car il n'essayait même de les faire exécuter.¹¹ Ces pratiques firent qu'on l'accusa d'employer à dessein le mécanisme du *libel tourism* afin d'effrayer et de décourager les auteurs et journalistes.

⁹ Expriment le côté politiquement sensible de l'affaire aux Etats-Unis, voir BROOKE GOLDSTEIN / AARON EITAN Myer, « Legal Jihad » : How Islamist Lawfare Tactics are Targeting Free Speech, 15 ILSA J. Int'l & Comp. L. (2009), p. 395ss, spec. p. 402-404 (« *Because of their libel laws, United Kingdom courts are particularly friendly jurisdictions for Islamists who want to restrict the dissemination of material drawing attention to radical Islam and terror financing.* »). La presse generaliste américaine a également critiqué les retombées de l'affaire Ehrenfeld, voir ADAM COHEN, 'Libel Tourism': When Freedom of Speech Takes a Holiday, The New York Times (15.09.08) p. A24; ROGER KIMBALL, Terrorizing Publishing, The New York Sun (10.04.08), p.9; ERIC PFANNER, A Fight to Protect Americans From British Libel Law, The New York Times (25.05.09), p. 3. Voir enfin *The Libel Tourist*, un court-métrage documentaire relatant le combat de Rachel Ehrenfeld contre le terrorisme et la censure. Disponible à l'adresse suivante : <<http://www.thelibeltourist.com>> (dernière visite le 13.08.13).

¹⁰ <http://www.binmahfouz.info/faqs_4.html> (dernière visite le 13.08.13).

¹¹ RAYMOND W. BEAUCHAMP, England's Chilling Forecast : The Case for Granting Declaratory Relief to Prevent English Defamation Actions from Chilling American Speech, 74 Fordham L. Rev. (2006), p. 3073ss, spec. p. 3133-3135; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, I.C.L.Q. 2010, 59(1), p. 25ss, spec. p. 31-32; SARAH STAVELEY-O'CARROLL, Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?, *op. cit.*. Pour un autre exemple d'une procédure lancée par ce personnage dans des faits similaires à l'affaire Ehrenfeld, voir *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 19.05.06, Mahfouz v. Brisard, [2006] EWHC 1191 (QB).

7. Cette affaire, ainsi que d'autres décisions étrangères condamnant des auteurs américains, eut un tel retentissement que le législateur étasunien se considéra forcé d'intervenir. Dans un premier temps, plusieurs États américains adoptèrent séparément des législations de rétorsion visant à interdire l'exécution de tels jugements étrangers.¹² Ce mouvement gagna les chambres législatives fédérales et en 2010 le président Obama apposa sa signature sur le SPEECH Act, un document faisant de même au niveau national.¹³

8. En Angleterre, l'affaire Ehrenfeld fut également le déclic d'une forte réaction. La presse généraliste critiqua similairement les excès de compétence juridictionnelle des tribunaux ainsi que la sévérité du droit de fond.¹⁴ Ce mécontentement donna naissance à une campagne populaire exhortant à la réforme, nommée « *Free Speech is Not For Sale* », dont l'impact fut suffisant pour amener le législateur anglais à reconsidérer l'entier de la matière. Au moment où ces lignes sont écrites, la House of Lords est en train d'examiner une proposition de loi tendant à modifier une multitude d'aspects du droit de la diffamation y compris les aspects de droit international privé.¹⁵

§ II. Formulation et enjeux de la problématique

9. Notre problématique se présente sous la forme du questionnement suivant : lorsque l'on met un texte sur Internet, que ce soit un article de blog, un avis professionnel ou même un commentaire de l'actualité, quelle sera la loi applicable en cas d'atteinte alléguée à la personnalité ? Et, en amont, quels seront les tribunaux compétents ?

10. Derrière ces interrogations pourtant classiques de compétence et de conflits de lois se tapissent deux points sensibles, propres à notre problématique, qui guideront notre discussion tout au long de ce travail. Le premier point est d'origine technique ; il se situe à la croisée de la technologie et du droit : il nous amènera à considérer l'impact du réseau Internet sur les normes traditionnellement territoriales

¹² Ce fut le cas de New York, de l'Illinois et de la Floride. Voir Libel Terrorism Protection Act (NY), 6687-C, Cal. N. 323. Disponible par recherche à l'adresse suivante : <<http://public.leginfo.state.ny.us>> (Numéro de l'acte: S6687, année : 2008); Libel Terrorism Protection Act (IL), S.B. 2722, 95th Gen. Assem., Public Act 095-0865 (Ill. 2008); Florida Statutes 2009, art. 55.605 et 55.6055, <<http://www.leg.state.fl.us>> (sous Florida Statutes). Pour ces sites, la dernière visite date du 13.08.13.

¹³ Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act, H.R. 2765, 111th Congress (2009-2010), <<http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h111-2765>> (dernière visite le 13.08.13). Pour une description et une critique de cet outil législatif, voir LUI LEVI, *The Problem of Trans-National Libel*, 60 Am. J. Comp. L., p. 507ss, spec. p. 525-532.

¹⁴ Pour des exemples de cette réaction, voir JO GLANVILLE, *Our Libel Laws Shame Us*, *The Guardian* (10.11.09), sous l'URL <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/nov/10/libel-tourism-law-reform>> (dernière visite le 13.08.13); JOHN KAMPFNER, *The laws that stain Britain's good name; Libel tourism isn't just a matter for the media elite. Freedom of speech for everyone is in danger*, *The Times* (10.11.09), p. 28.

¹⁵ La progression actuelle des travaux peut être suivie depuis le site officiel du groupuscule parlementaire formé à cet effet : <<http://services.parliament.uk/bills/2012-13/defamation.html>> (dernière visite le 16.10.12). Pour plus de détails sur ce mouvement et sur la proposition législative en cours, voir notre présentation en *infra* p. 88ss.

du droit international privé. Le deuxième touche à l'essence même du droit de la diffamation et des atteintes à la personnalité plus généralement : il nous amène à reconnaître les intenses difficultés éprouvées pour trouver un consensus dans un domaine juridique qui est encore aujourd'hui soumis à d'irréconciliables conceptions nationales.

A) *Rencontre entre le droit international privé et Internet*

11. Internet, en tant que média, met à la portée de tout individu des outils de publication globale qui étaient jusqu'alors réservés aux grands éditeurs de presse. Du moment qu'un article est chargé sur le réseau, il est simultanément disponible et lisible aux yeux de tous. Cela veut-il pour autant dire que son auteur est actionnable dans chacun de ces États, et que son contenu est soumis à chacune de leurs lois ? Dans l'absolu, cet pan de notre problématique n'est pas nouveau. Les difficultés soulevées par la diffusion transnationale d'un texte, et plus généralement par la localisation d'un délit à la fois complexe et pluri-localisé, n'ont pas attendu l'arrivée d'Internet pour faire réfléchir les auteurs et les praticiens.¹⁶ *Le libel tourism*, non plus, n'est pas une invention du monde digital : les cours anglaises ont déjà été mises à contribution par d'astucieux demandeurs au sujet de la presse papier.¹⁷

12. Mais si Internet ne change pas le fondement de notre matière, il amène à une remise en question de plusieurs de ses aspects. Son omniprésence au quotidien est d'abord à l'origine d'une multiplication de ces cas de délits complexes. Au vu du nombre et de la variété des sites disponibles, ainsi que de la globalisation des activités tant commerciales que communicatives qui y sont véhiculées, on peut légitimement penser que les délits plurilocalisés tendent à se multiplier et à devenir la règle commune. Or, jusqu'à présent, ils étaient plutôt considérés comme des cas d'école, des hypothèses théorique déterminées n'ayant que peu d'importance pratique.

13. Outre cette banalisation des délits complexes, Internet tend également à remettre en question les points d'ancrage traditionnellement employés en matière de délits causés par les médias. Les notions de « publication » et de « distribution », qui ont jusque-là permis de quantifier l'étendue géographique d'une communication, perdent en valeur descriptive lorsqu'elles sont transposées dans un univers où la mise à disposition d'une ressource à l'échelle transnationale est rendue possible par un acte unique, peu coûteux, et dépourvu de lien matériel avec les lieux de sa réception. Il faudra donc s'interroger sur la nécessité de leur adaptation possible à ce nouveau paradigme.

¹⁶ A. WEILL, Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle, in: *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Vol. 2, Paris 1960, p.545ss (soulève la relative exceptionnalité de ces cas de figure), THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Basel 2004, p. 46ss (note la diversité de solutions à ce type de cas en matière de conflit de lois).

¹⁷ *House of Lords*, 11.05.00, *Berezovsky v. Michaels*, [2000] UKHL 25.

14. Nous pouvons illustrer ces points en discutant des faits de l'affaire *Ehrenfeld*. Dans celle-ci, l'exercice de la compétence fut motivé par l'existence de ventes en ligne ainsi que de plusieurs consultations d'une partie du texte de la part d'internautes anglais. L'argument de la défenderesse était alors que son ouvrage ne se dirigeait aucunement vers une consommation anglaise et que ces faits n'étaient que des « accidents » permis par l'internationalité inhérente au réseau. Cela n'est, admettons-le, pas entièrement convaincant, la mise en vente de l'ouvrage sur la version spécifiquement britannique du site Amazon pouvant sans doute plaider dans le sens inverse.

15. Mais qu'en serait-il si l'ouvrage n'avait pas été disponible sur Amazon, et qu'il était uniquement accessible sous format électronique ? Est-ce que les chiffres portant sur sa consultation en Angleterre auraient été, à eux seuls, déterminants ? Et si, au lieu d'écrire un ouvrage sur la lutte contre le terrorisme, l'auteur avait fait part de ses hypothèses sur un blog personnel, à l'attention de sa communauté scientifique, et dont l'adresse aurait été révélée par mégarde au public anglais par le lien d'un site tiers ? Plus généralement, comment définir la prévisibilité des effets internationaux générés par la mise en ligne de contenu sur Internet ?

16. Ces quelques interrogations seront centrales pour nos développements : l'Angleterre est aujourd'hui considérée comme une terre d'accueil pour le *forum shopper*, précisément parce que sa jurisprudence actuelle considère que la disponibilité d'une page Internet sur son territoire est juridiquement équivalente à l'acte de distribution d'un journal physique.¹⁸ Afin d'y répondre, il nous sera nécessaire, en amont, de définir Internet et de comprendre son mode de publication. Ce n'est qu'en considérant sa nature ainsi que ses différences avec les médias traditionnels que nous pourrons ensuite adéquatement le traiter.

B) Rencontre entre le droit international privé et le droit des atteintes à la personnalité

17. Si l'ubiquité et les caractéristiques intrinsèques d'Internet, telles que considérées dans *Ehrenfeld*, ont de quoi interpellier le juriste, elles n'expliquent pas à elles seules la violente réaction américaine à son égard. Une réaction qui alla jusqu'à bannir, au niveau national, toute exécution de jugements étrangers en diffamation.

18. Un regard transversal nous fait apercevoir que le choc entre Internet et le droit international privé de la responsabilité extracontractuelle ne s'est pas toujours fait dans de telles douleurs. Pourtant voisin à la diffamation de par sa nature multilatérale,¹⁹ le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, et notamment des marques, a donné naissance à une pratique commune tendant à

¹⁸ Cette attitude, héritée de l'arrêt australien *Gutnick v. Dow Jones*, est détaillée en *infra* p. 59ss.

¹⁹ Par cela, nous entendons que les deux actes illicites se matérialisent par leurs effets provoqués sur un public tiers : confusion de marques d'un côté, et baisse de la réputation de la victime de l'autre. Leur nature ne découle pas d'une relation bilatérale directe entre les deux parties.

prendre en considération la structure d'un site Internet ainsi que son impact commercial dans un territoire donné au sein de l'analyse de la compétence judiciaire.

19. Un regard anticipé sur les résultats de notre étude révèle d'ailleurs que c'est effectivement dans ce domaine que se sont élaborées les principales réponses aux spécificités d'Internet, quoique uniquement au niveau juridictionnel.²⁰ Notamment, deux sets de principes, l'un émanant des travaux de l'OMPI²¹ et l'autre de l'*American Law Institute*,²² ont été élaborés pour clarifier le niveau d'intensité de l'activité d'un site requise pour retenir l'existence d'un dommage actionnable dans un lieu géographique déterminé.

20. L'apport du domaine de la propriété intellectuelle à notre discussion n'est pas moindre : c'est en matière de marques que les tribunaux américains ont développé le *Zippo test* qui a amorcé le processus menant au test juridictionnel aujourd'hui appliqué à la diffamation.²³ C'est également dans ce cadre que les tribunaux français ont, de façon hésitante, développé une jurisprudence prenant en compte les caractéristiques du réseau.²⁴ Enfin – et ceci est paradoxal – c'est en matière de marques que les tribunaux anglais, pourtant si prompts à se déclarer compétents en matière de diffamation, ont pareillement opté pour une analyse de la structure et de la destination d'un site.²⁵ On peut donc s'interroger : pourquoi ne pas avoir simplement transposé ces solutions aux atteintes à la personnalité ?

²⁰ Le droit applicable étant régi par un principe de territorialité endémique à la nature des droits de propriété intellectuelle, notre analogie, suivie dans le reste de ce travail, entre les deux domaines se limitera aux questions de compétence juridictionnelle.

²¹ Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle / Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'internet, Publication 845.

²² American Law Institute, Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C. on May 14, 2007.

²³ Voir *infra* p. 108ss.

²⁴ Voir *infra* p. 161ss.

²⁵ *High Court of Justice, Chancery Division*, 20.12.1999, 1-800 FLOWERS Inc. v. Phonenames Ltd., [2000] E.T.M.R. 369; *High Court of Justice, Chancery Division*, 25.07.00, Euromarket Designs Incorporated v. Peters, [2000] E.T.M.R. 1025; *Court of Appeal, Civil Division*, 17.05.01, 1-800 FLOWERS Inc. v. Phonenames Ltd., [2001] EWCA Civ 721; *High Court, Chancery Division*, 28.02.07, Dearlove v. Combs, [2008] E.M.L.R. 2. Comme l'Angleterre dispose d'une approche distincte en matière de diffamation, nous ne traiterons pas du détail de ces cas dans notre exposé, d'autant plus que nombre de nos exemples nous viennent déjà d'une analogie avec le domaine de la protection internationale des marques. Nous laissons cependant ici quelques morceaux choisis, qui corroborent le test que nous développerons à l'issue de ce travail. Sur le choix d'un critère de targeting : « *Nor, in my judgment, is the evidence (such as it is) concerning the Applicant's internet website sufficient to justify the conclusion that accessing the website amounts to use of the mark at the point of access. In any event, the evidence does not disclose the extent to which the website has in fact been accessed from the UK. The Applicant has never had a place of business in the UK; the services which it provides are performed outside the UK; and, so far as the evidence goes, the only piece of advertising directed specifically at the UK is the one advertisement in the Independent newspaper to which I referred earlier.* », 1-800 FLOWERS v. Phonenames, par. 100. Sur l'adoption des ccTLD comme indice : « *Now a person who visited that website would see "ie". That would be so, either in the original address of the website, crateandbarrelie.com or the current form, crateandbarrel.ie. The reference to four floors is plainly a reference to a shop. So what would the visitor understand? Fairly obviously that this is advertising a shop and its wares. If he knew "ie" meant Ireland, he would know the shop was in Ireland. Otherwise he would not. There is no reason why anyone in this country should regard the site as directed at him. So far as one can tell, no-one has.* », Euromarket Designs v. Peters, par. 22. Sur l'idée du référencement comme indice :

21. La réponse tient à la forte teneur polarisatrice de ce domaine du droit. Les atteintes à la personnalité se trouvent à la croisée de deux droits fondamentaux en directe opposition: la liberté d'expression, d'un côté, et le droit à la vie privée et à la protection de la réputation, de l'autre. Entre ces deux libertés, il existe une tension palpable, qui est résolue différemment par chaque État. Chacun d'entre eux cherchant à défendre sa conception du droit de la communication, et à l'appliquer dans des situations d'internationalité, il n'est pas difficile de comprendre la difficulté constatée à trouver une solution consensuelle. En ce sens, la problématique du *libel tourism* frappant le droit international privé n'est que le reflet des mésententes déjà existantes sur la question de savoir quel est le niveau de liberté d'expression souhaité sur le plan transnational. A nouveau, l'affaire *Ehrenfeld* est exemplative : de l'avis de certains auteurs, la défenderesse dans cette affaire était injustement muselée par un droit de fond ne respectant pas les garanties du *First Amendment*.²⁶ Selon d'autres, elle était une auteure irresponsable qui tentait de se retrancher derrière le caractère exceptionnel du droit américain pour éviter les conséquences de ses accusations mal fondées.²⁷ Il ne nous appartient pas de trancher entre ces deux opinions; force est cependant de constater que cette opposition démontre le caractère polarisateur du présent domaine d'analyse.

22. Ce deuxième pan de notre réflexion, qui dépasse la technique de droit international privé proprement dite, nous accompagnera en filigrane tout le long de notre texte. Nous le retrouverons pleinement à certaines occasions, notamment lors de notre examen du règlement Rome II.²⁸ En effet, ce sont des raisons politiques qui ont mené le législateur européen à exclure les atteintes à la personnalité du champ d'application de ce document, et font encore aujourd'hui obstacle au développement d'une règle de conflit en matière d'atteintes à la personnalité.²⁹

« Now almost any search on the net almost always throws up a host of irrelevant "hits". You expect a lot of irrelevant sites. Moreover you expect a lot of those sites to be foreign. Of course you can go direct to a desired site. To do that, however, you must type in the exact address. Obviously that must be known in advance. Thus in this case you could get to the defendants' site either by deliberately going there using the address, or by a search. You could use "crate" and "Barrel" linked Booleanly. One could even use just one of these words though the result then would throw up many more irrelevant results. » *Euromarket Designs v. Peters*, par. 23. Pour le surplus, voir enfin GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, 4^{ème} ed., London 2007, pars. 6-058 à 6-064.

²⁶ Voir les auteurs cités en *supra*, note 9.

²⁷ Cette opinion ressort pleinement dans le texte du juge anglais chargé de l'affaire. Selon lui, Mme Ehrenfeld était animée par des motifs purement opportunistes. Premièrement, car elle refusa de comparaître en Angleterre en invoquant des motifs soi-disant financiers et moraux alors qu'elle intentait de façon parallèle une action en inexécution à New York. Deuxièmement, car la couverture de sa nouvelle édition instrumentalisait à des motifs publicitaires la procédure anglaise en employant des slogans du type « *The book Saudis don't want you to read* ». Voir *Mahfouz v. Ehrenfeld*, pars. 40-74, spec. par. 71-73. Rejoignant cette opinion, voir ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, *Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation*, Comms. L. 2009, 14(6), p. 173ss, spec. p. 173-174; JOHN L. WALSH, *The Myth of « Libel Tourism »*, N.Y.L.J., 20.11.2007.

²⁸ 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»), JOCE L 199/40 du 31.07.07.

²⁹ Voir *infra* p. 207ss.

Section II Objectif, structure et champ de l'exposé

§ I. Objectif et méthode

23. Le but de notre étude sera de formuler des solutions de droit international privé pouvant épouser notre problématique. Conformément aux développements exposés ci-dessus, notre solution devra remplir les exigences suivantes :

- Elle devra être appropriée au mode de publication d'Internet.
- Elle devra être suffisamment neutre et équilibrée afin de respecter la fragmentation étatique des conceptions matérielles de la liberté d'expression.

Par cela, nous entendons rechercher une solution qui puisse être prévisible au vu des attentes des parties, cohérente au travers d'une multiplicité de cas d'application, et adaptée aux défis techniques lancés par le réseau. De plus, elle devra respecter la propension qu'ont les États à vouloir traiter des atteintes à la personnalité commises en leurs frontières.

24. Au niveau de la compétence, nous nous intéresserons principalement au for au lieu de l'acte délictuel dans la mesure où il place la compétence au lieu du résultat de l'atteinte. C'est l'interprétation de ce lieu, qui, en matière d'Internet, soulève les plus grandes interrogations. Nous mettrons en évidence, à l'aide de parallèles avec le domaine de la propriété intellectuelle, une évolution jurisprudentielle partant d'une compétence fondée sur l'unique accessibilité d'un site au sein d'un territoire donné, à l'établissement d'un *targeting test* juridictionnel prenant en compte les caractéristiques propre des sites Internet.³⁰ Une proposition structurée de ce test, adaptée au domaine des atteintes à la personnalité et à la diffamation plus précisément, constituera l'apport principal de ce travail.

25. En ce qui concerne les règles de conflit de lois, notre étude mettra en évidence une fragmentation des solutions, amenée par une absence de consensus. Nous nous pencherons notamment sur les négociations qui ont mené au blocage institutionnel à l'aune de Rome II, et examinerons les travaux actuels lancés pour surmonter cette impasse; cela nous permettra de juger de la faisabilité d'une solution commune. Ce questionnement se concluant dans la négative, nous ne proposerons pas de modèle de disposition de conflit de lois. Cependant, nous critiquerons les propositions rencontrées au cours de ce travail, et arriverons à la conclusion que toute solution développée au niveau des conflits de lois devra faire jeu avec celle adoptée en matière de compétence.

³⁰ Au fil de ce travail, nous identifierons par le terme générique « *targeting test* » les approches fondées sur l'identification de la destination voulue d'un site, toute tendance confondues. Le vocabulaire juridique tapi derrière le *targeting test* étant varié, dû à l'aspect fragmenté de la jurisprudence, nous avons préféré nous en tenir à un terme unique, qui regroupera les différentes tendances identifiées dans notre étude. En lien avec le vocabulaire multiple de ce test, qui tend à obscurcir sa nature véritable, voir nos réflexions en *infra* p. 287.

26. Ce dernier point nous amène à expliciter certains aspects de notre méthode. Notre plan, qui se fonde sur la distinction traditionnelle entre la détermination de la compétence judiciaire et celle du droit applicable au fond, doit en effet être assorti d'un avertissement ainsi que d'une qualification. Ordinairement, ces deux fonctions du droit international privé se doivent d'être étanches, car elles répondent chacune à des besoins différents. La détermination du for est régie par le besoin de disposer d'un tribunal proche du dommage, prévisible pour les parties, apte à traiter du litige, et capable de facilement assimiler les preuves. Celle du droit applicable doit, elle, répondre au besoin d'élire un droit de fond qui ait des liens étroits avec le litige. Le lecteur ne devra cependant pas être surpris de trouver un effritement de cette séparation au cours de cette étude ; effritement qui se caractérise par la considération, dès la détermination du for, d'arguments voués à celle du droit applicable. La constatation de cet amalgame sera d'ailleurs l'une de nos conclusions intermédiaires, et expliquera pourquoi certains de nos développements au niveau du droit applicable feront un parallèle avec la compétence judiciaire.³¹

27. Quant au domaine de l'exécution, il ne sera pas traité directement dans ces lignes. Nous nous interrogerons quand bien même, à l'occasion de notre discussion sur la compétence, sur le rôle qu'aura à jouer l'*exequatur* dans notre solution, et si un refus net de la reconnaissance de jugements étrangers, à l'image du SPEECH Act, ne serait pas à elle seule suffisant pour régler la question du *libel tourism*.³²

§ II. Champ de l'exposé

28. Notre travail concerne principalement l'acte illicite de la diffamation, mais touche aussi aux atteintes à la personnalité plus généralement. A ce propos, il convient de rappeler que le droit international privé communautaire traite ces deux volets simultanément, comme en témoigne l'exception trouvée dans l'article 1, alinéa 2, lit. g) du règlement Rome II. Il est vrai que certains ordres juridiques, notamment de *common law*, effectuent une distinction plus claire entre *defamation* et *privacy*. C'est d'ailleurs pourquoi la réforme actuelle du droit anglais, mentionnée plus haut dans cette introduction,³³ se focalise exclusivement sur les atteintes diffamatoires. Nous parlerons en priorité de ces dernières, mais il faudra garder en tête, lors de la lecture de ce travail, que nos solutions pourront être élargies *mutatis mutandis* à la catégorie générale des atteintes à la personnalité.

³¹ L'arrêt Ehrenfeld décrit ci-dessus est d'ailleurs un exemple classique de cet effritement : l'Angleterre appliquant la *lex fori* à toute diffamation locale, et le demandeur ayant limité ses prétentions au dommage anglais, la question de l'ampleur et de la localisation du dommage faite au niveau de la compétence fut déterminante sur les deux plans. Pour nos réflexions à ce sujet, voir *infra* p. 249ss.

³² Pour nos conclusions sur le sujet de l'exécution, voir *infra* p. 262ss.

³³ Voir *supra* p. 4. Pour notre présentation complète de la réforme, voir *infra* p. 88ss.

29. Nous nous concentrerons sur des questions d'ordre civil, à l'exclusion des atteintes diffamatoires prises sous l'angle pénal. Cela dit, au niveau de la détermination de la compétence, les débats entre les deux facettes de cette matière sont similaires. Le test que nous développerons dans ce travail pourra donc également servir dans ce contexte.³⁴

30. Enfin, une précision d'ordre technique est à apporter. Jusqu'à présent, nous avons employé les termes « Internet », « Web » et « site » de façon interchangeable, ce qui est incorrect. *Le World Wide Web*, qui forme la masse de sites et de liens appelé Internet dans le langage quotidien, n'occupe réellement que l'une des nombreuses fonctions qui peuvent être déployées par le protocole à la base du fonctionnement du réseau. Il est transporté par l'application HTTP, qui est la plus connue des applications Internet mais non l'unique.³⁵ Par exemple, il existe aussi le SMTP et le POP3, qui régissent l'envoi et la réception d'emails, ou encore IRC, pour la discussion en temps réel.³⁶ Internet comprend aussi d'autres moyens de communication distincts du *World Wide Web* comme le service mondial de discussion *Usenet*.

31. Notre travail se concentrera sur l'impact international que peut avoir un site trouvé sur le *World Wide Web*, et ne traitera pas des autres applications du réseau. Pour éviter les répétitions textuelles, nous continuerons à utiliser ces termes descriptifs de manière interchangeable.

§ III. Plan

32. La réflexion contenue dans ce travail se déroulera en trois temps. En premier lieu, nous consacrerons un chapitre au réseau Internet. Celui-ci décrira les caractéristiques saillantes du réseau puis traitera des spécificités de son mode de publication. Nous traiterons également du phénomène de territorialisation le frappant depuis quelques années ; à cet effet nous examinerons les techniques dites de géolocalisation qui permettent aux exploitants de sites de délimiter leur impact géographique. En second lieu, ce travail arborera la forme d'une étude comparée, qui examinera la réponse à notre problématique prise sous l'angle de 5 ordres juridiques

³⁴ Une récente affaire française de diffamation prise sous l'angle pénal souligne l'importance que peut revêtir ce pan de la matière au sujet de la publication d'écrits académiques. Le litige concernait la publication sur un site de commentaires bibliographiques de droit <www.globallawbooks.org> d'un article peu favorable à l'ouvrage d'une chercheuse vivant et enseignant en Israël. Le propriétaire du site, un professeur américain de l'Université de New-York, fut poursuivi devant un tribunal français pour diffamation. Le site en question était rédigé en anglais, n'avait pas de publicités, ni de vrai marqueurs géographiques. Malheureusement, cet arrêt est plus intéressant pour ses faits que pour son dispositif : la partie civile n'ayant même pas pu prouver l'existence d'une seule consultation du site en France, son action fut rejetée et critiquée comme un *forum shopping* transparent. Voir *Tribunal de Grande Instance de Paris, 1^{re}me chambre*, 03.03.11., Ministère public c. Weiler, aff. 0718523043. Pour des textes illuminant la proximité entre compétence civile et pénale, voir PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ II (2001), p. 181ss, spec. p. 190; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, in: CHRISTIAN LE STANC (ed.), *Jurisclasseur Communication*, 2006-2009, pars. 72-79.

³⁵ CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, San Francisco 2005, p. 1397-1316.

³⁶ Pour une présentation détaillée des applications transportées par Internet, voir *ibid.*, p. 825ss.

distincts. Chacun de ces chapitres explorera un aspect différent de notre matière, et apportera une fondation supplémentaire à notre recherche de solutions.

33. Nous commencerons par l'**Angleterre**, qui est aujourd'hui au centre même du *libel tourism*. Nous verrons comment les juges anglais, inspirés par un *leading case* australien, en sont venus à se reconnaître compétents dès qu'un site est accessible sur leur territoire. Nous traiterons également de l'outil de *forum non conveniens*, et montrerons en quoi il n'est pas véritablement utilisé pour freiner le trop-plein juridictionnel anglais. Nous verrons aussi pourquoi cette pratique au stade de la détermination de la compétence préjuge le plus souvent de celle du droit applicable. Enfin, nous traiterons de la réforme actuelle du droit anglais de la diffamation, dont nous critiquerons les nouvelles solutions.

34. En contrepoint à la pratique anglaise, nous opposerons les développements trouvés dans le droit des **États-Unis d'Amérique**. En matière de compétence, nous exposerons les exigences dites de *due process* et de *minimum contacts*, et montrerons en quoi elles ont amené les juges à appliquer une pluralité de solutions novatrices en matière d'Internet. Nous présenterons notamment le *Zippo test*, qui se fixe sur l'interactivité d'un site, ainsi que le *targeting test*, aujourd'hui la pratique majoritaire. Nous mettrons également en exergue une récente jurisprudence, dérivée d'un arrêt de principe *Young*, qui exige une intentionnalité claire de la part du défendeur, ainsi qu'une focalisation expresse de son message diffamatoire en direction de la juridiction du for pour fonder la compétence en ce lieu. L'utilité du *forum non conveniens* sera également examinée, avec des résultats similaires à ceux obtenus en Angleterre. Enfin, au niveau du droit applicable, nous examinerons les solutions apportées par le *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, qui tend à concentrer l'entier du litige sous le droit de la résidence habituelle du défendeur.

35. Notre troisième chapitre sera consacré à la **France**. Au niveau juridictionnel, cet État a longuement hésité entre le principe de l'accessibilité employée par les cours anglaises et le *targeting test* américain. Cette hésitation fut si forte que la jurisprudence interne s'en est même scindée. Dans un premier temps, nous soulignerons les raisons sous-tendant cette hésitation, et montrerons que celle-ci sera bientôt résolue au profit du *targeting test*. Dans un second temps, nous analyserons plus en détail la jurisprudence en rapport avec le *targeting test* qui fut développée en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale et qui contraste de façon intéressante avec la pratique américaine. Cela nous permettra de préciser les éléments caractéristiques d'un tel test. Au niveau du droit applicable, nous identifierons la tendance pour les juges français à réduire un dommage complexe en un dommage simple lorsqu'il est question de déterminer le droit applicable. Nous montrerons qu'en pratique, les juges français se réfèrent surtout à la *lex fori* dans les cas d'atteintes de presse.

36. Plus en retrait, nous avons la **Suisse**, qui n'a pas connu de jurisprudence en notre matière. L'étude de ses règles, ainsi que de ses avis doctrinaux, sera néanmoins une bonne source d'inspiration pour l'établissement de nos solutions.

37. Enfin, nous consacrerons notre dernier chapitre descriptif au droit de **l'Union Européenne**. Au coeur de celui-ci se trouve l'arrêt *eDate / Martinez*³⁷ qui fut rendu par la cour Européenne de Justice en 2011. Celui-ci a en effet, tant en matière de compétence qu'en matière de détermination de droit applicable, redéfini l'attitude communautaire en rapport avec notre problématique. En matière de compétence, nous critiquerons la solution apportée par la cour dans cet arrêt à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine qui l'ont précédé. Nous verrons également que les travaux actuels de révision du règlement Bruxelles I³⁸ n'ont, pour le moment, pas vraiment changé la donne. S'agissant de droit applicable, nous détaillerons les raisons conduisant à l'exclusion de la diffamation du règlement Rome II. Nous montrerons également l'état actuel des discussions portant sur un possible amendement venant combler cette lacune, et soulignerons l'impact de l'arrêt *eDate / Martinez* sur ces débats.

38. A la suite de ces chapitres, descriptifs nous regrouperons les solutions identifiées et tenterons d'en discerner des tendances. Enfin, nous passerons en revue l'entier de notre matière, et développerons notre solution : un *targeting test* adapté à la diffamation en matière de compétence judiciaire, ainsi qu'un commentaire de diverses solutions de droit applicables, observées sous l'angle du blocage institutionnel caractéristique des travaux de Rome II.

³⁷ CJUE, 25.08.11, *eDate Advertising GmbH c. X*, Affs C-509/09 et C-161/10.

³⁸ 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, JOCE L 12/1 du 16.01.2001.

Chapitre 2^{ème} : Internet, spécificités et mode de publication

Section I Introduction et plan

39. L'objectif de ce chapitre est de répondre à la première des interrogations soulevées par la problématique. Avant de se prononcer sur la localisation juridique des atteintes à la personnalité commises à travers le réseau Internet, il convient de présenter ce moyen de communication et surtout d'en délimiter les caractéristiques saillantes en tant que vecteur de publication transnationale. Cela nous permettra, dans la suite de ce travail, de disposer d'une vision des enjeux apportés par le réseau lors de la présentation et de la critique des solutions.

40. Ce chapitre sera divisé en trois parties. En premier lieu, nous procéderons à une présentation descriptive d'Internet, de ses acteurs, du rôle de ceux-ci dans notre problématique, ainsi que des éléments techniques fondamentaux de sa structure. Ce parcours descriptif amènera sur une appréciation globale des caractéristiques du mode de publication du réseau. Dans cette seconde section, nous discuterons si son ubiquité lui permet de se détacher des médias qui lui ont précédé ou si une analogie avec ceux-ci est encore possible. Enfin, nous nous pencherons sur le phénomène de la territorialisation d'Internet, qui, par le biais de dispositifs techniques, tend à insuffler une part de territorialité dans la structure du réseau. En particulier, nous présenterons et évaluerons le rôle et l'utilité des techniques dites de géolocalisation, adoptées par les fournisseurs de contenu de l'Internet pour connaître de l'identité géographique de leurs visiteurs.

Section II Présentation du réseau Internet

§ I. Définition et caractéristiques

41. Pour saisir le fonctionnement d'Internet, il est préférable de ne pas s'en tenir à l'image populaire d'un « nuage » d'informations planant dans une réalité purement informatique, mais de constater sa réalité technique : il s'agit d'une série de réseaux interconnectés partageant le même protocole communicatif, soit le protocole TCP/IP.³⁹ Internet n'est donc rien d'autre qu'une série d'ordinateurs reliés entre eux et parlant la même « langue » informatique.⁴⁰ Trois éléments de ce réseau sont à souligner : son ubiquité, sa nature décentralisée, et le manque d'identité géographique de son contenu.

A) Ubiquité

42. Cette première caractéristique n'est pas une surprise. Le réseau de machines formant Internet a des connections partout dans le monde, et met en relation des États géographiquement éloignés. En 2011, Internet était fréquenté par près de 2,2 milliards d'utilisateurs totaux.⁴¹ Le réseau touche plus de 200 États différents, dont au moins 70 ont un taux de pénétration supérieur à 20%.⁴² En Asie, ce taux de pénétration est de 26.2%, un taux plutôt bas mais qui fournit déjà 44.8% des utilisateurs du réseau. En Europe, il est de 61.3% ; en Océanie, il est de 67.5%, et aux États-Unis, il est de 78.6%.⁴³ Bref, il n'est pas disputé qu'Internet est un réseau à caractère transnational, voire universel.

B) Décentralisation

43. Internet est un réseau décentralisé. Il n'existe pas de « point névralgique » d'Internet, ni de registre maître regroupant tous les éléments nécessaires à son bon fonctionnement. Sa structure est faite pour que l'information puisse circuler de façon

³⁹ Pour une présentation détaillée de l'histoire et du fonctionnement d'Internet, voir BILL STEWART, *The Living Internet*. Il peut être trouvé en intégralité à l'adresse suivante : <<http://www.livinginternet.com>> (dernière visite le 12.06.12). N'ayant pas de numérotation à notre disposition, nos références à ce texte se feront par le biais du nom de la section, suivi d'un lien approprié.

⁴⁰ CHRIS REED, *Internet Law: text and materials*, 2^{ème} ed., Cambridge 2004, p. 7-15; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, p. 1-5; HENRIK SPANG-HANSEN, *Cyberspace & International Law on Jurisdiction : possibilities of dividing cyberspace into jurisdictions with help of filters and firewall software*, Copenhagen 2004, p. 9-10, voir également BILL STEWART, *The Living Internet*, *Internet Architecture*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_arch.htm>. Concernant le protocole TCP/IP, voir CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*; CHRIS REED, *Internet Law: text and materials*, précit., p. 12-13; HENRIK SPANG-HANSEN, *Cyberspace & International Law on Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 48-53; BILL STEWART, *The Living Internet*, *TCP/IP Internet Protocol*, <http://www.livinginternet.com/i/ii_tcpip.htm>.

⁴¹ <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>>, fig 1 (dernière visite le 12.06.2012).

⁴² <<http://www.internetworldstats.com/list2.htm>>

⁴³ <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>>, fig. 2,3 et 4.

autonome et indépendante.⁴⁴ De ce fait, il est difficile de surveiller le contenu y trouvé, car il n'existe pas de point de convergence technique permettant d'effectuer une surveillance ou un tri matériel de ce qui s'y trouve.⁴⁵

44. Il n'existe pas non plus d'autorité supérieure chargée de surveiller ou de modeler Internet. La politique de développement du réseau est régie par une multitude d'associations non gouvernementales ayant pour but de veiller à sa stabilité technique et à sa liberté d'utilisation.⁴⁶ La plus importante est l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)⁴⁷ qui gère entre autres la répartition de l'adressage de l'*Internet Protocol* (IP), la gestion de noms de domaines, ainsi que le maintien du *Domain Name System* (DNS).⁴⁸ Mais elle n'a formellement aucun contrôle sur le contenu mis à disposition sur le réseau, ni sur les diverses politiques de sa régulation légale. La régulation légale du contenu trouvé sur Internet est donc laissée à chacun des États qui y sont connectés. En résumé, Internet n'appartient à personne, et ne dispose pas de centre de gravité, qu'il soit légal ou technique.⁴⁹

C) Absence d'identité géographique

45. Il suit que, de par cette décentralisation structurelle, le contenu disponible sur Internet n'est pas stocké en un lieu unique. Lorsqu'un usager consulte un site disponible sur le réseau, sa requête est envoyée à un serveur. Celui-ci est une machine, connectée en permanence sur le réseau et qui a pour tâche de stocker et de distribuer son contenu à ses visiteurs. Un serveur peut appartenir à l'auteur du site, mais il peut également appartenir à des fournisseurs d'hébergement, des sociétés tierces spécialisées dans ce type de service.⁵⁰

⁴⁴ La structure décentralisée d'Internet doit à son origine historique, fruit du développement militaire américain. A l'époque, le but était de créer un réseau de communication qui puisse fonctionner de façon indépendante alors même qu'une de ses parties est détruite ou indisponible. Voir BILL STEWART, *The Living Internet, Internet History*, <<http://www.livinginternet.com/i/ii.htm>>.

⁴⁵ *Ibid.*, *Internet Architecture*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_arch.htm>. Relevons cependant que même s'il n'existe pas de point central permettant de saisir l'entier du réseau, de plus en plus d'États soumettent les données pénétrant sur leur territoire à une forme de contrôle, que ce soit par le biais des fournisseurs d'accès ou par un goulot d'étranglement de nature technique. L'exemple type est celui de la Chine, qui de par son architecture web a annihilé le caractère décentralisé du réseau pour toutes les connexions internes. Pour plus de détails, voir *infra* p. 32 et notes y relatives.

⁴⁶ *Ibid.*, *Internet Management*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_mgmt.htm>.

⁴⁷ <<http://www.icann.org>> (dernière visite le 12.06.12).

⁴⁸ Voir <<http://www.icann.org/en/participate/what-icann-do.html>> (« *ICANN doesn't control content on the Internet. It cannot stop spam and it doesn't deal with access to the Internet. But through its coordination role of the Internet's naming system, it does have an important impact on the expansion and evolution of the Internet.* »). Pour une explication de ces termes techniques, voir notre partie dédiée en *infra* p. 21ss.

⁴⁹ On peut cependant estimer que l'influence découlant de ce contrôle administratif exécuté par l'ICANN débouche en réalité sur un contrôle matériel d'Internet. Notamment, le fait que le serveur principal gérant les associations de noms de domaine (« *root server* ») se trouve à l'ICANN peut faire penser que cet organisme a une mainmise de fait sur le réseau. Pour un ouvrage sur le sujet, voir MILTON L. MUELLER, *Ruling the root : Internet governance and the taming of cyberspace*, Cambridge 2002.

⁵⁰ Pour des exemples, voir BILL STEWART, *The Living Internet, Internet Management, Web Servers*, <http://www.livinginternet.com/w/www_servers.htm>

46. Les serveurs qui forment le réseau sont répartis partout dans le monde, et, du point de vue de l'utilisateur, il n'est pas possible de savoir où se trouve physiquement la page, la vidéo ou le texte consulté. Quelquefois, les divers éléments d'un unique site web peuvent être stockés sur plusieurs serveurs physiques différents, situés à des milliers de kilomètres l'un de l'autre. Les données trouvées sur Internet sont donc, de par nature, dépourvues d'identité géographique propre : le contenu du site d'une entreprise suisse pourra très bien être hébergé sur des serveurs situés aux États-Unis, ou ailleurs.

47. Le manque d'identité géographique touche aussi la localisation des acteurs d'Internet, qu'ils soient usagers ou fournisseurs de services. Après une description de ces acteurs,⁵¹ nous décrirons les mécanismes d'identification employés dans la structure du réseau, soit l'*Internet Protocol* et le *Domain Name System*, et montrerons pourquoi ils ne permettent pas de défaire ce manque d'identité géographique.

§ II. Présentation des principaux acteurs

A) Fournisseurs de contenu

48. Les fournisseurs de contenu sont ceux qui mettent à disposition des sites comprenant du texte, des images, des informations ou encore d'autres types de contenu. Ils agissent par le biais du chargement (*upload*) de leur contenu sur un ou plusieurs serveurs déterminés, qui peuvent leur appartenir ou appartenir à un tiers. Les fournisseurs de contenu seront les acteurs principaux de notre problématique : comme ils sont les « auteurs » du réseau, et qu'ils exercent le contrôle éditorial sur le contenu qu'ils mettent à disposition, ce sont eux qui sont le plus souvent poursuivi par des actions en diffamation.

B) Fournisseurs d'hébergement

49. Le fournisseur d'hébergement est une entité qui accueille sur ses serveurs un site, le mettant ainsi à la disposition des usagers du réseau. Il peut s'agir de sociétés spécialisées dans ce domaine, ou de fournisseurs d'accès qui offrent ce type de service à leurs abonnés.⁵²

50. Le développement du web dit « 2.0 » a vu l'arrivée de certains types d'hébergeurs spécialisés qui permettent de stocker du contenu sur leur serveurs mais aussi de bénéficier de structures techniques facilitant la création, la consultation, et la

⁵¹ Pour des exposés similaires, voir BERTIL COTTIER, Impact des nouveaux médias sur la science et la pratique du droit, in: NATHALIE TISSOT (ed.), Quelques facettes du droit de l'Internet, Vol. 1, 2001 Neuchâtel, p. 1ss, spec. p. 4-6; THOMAS LEGLER, Le rôle des différents acteurs de l'Internet, in: LAURE DALLÈVES / RAPHAËL BAGNOUD (eds.), Internet 2005 : travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne le 17 Novembre 2004 et le 10 Mars 2005, 2005 Lausanne, p. 1ss; CHRIS REED, Internet Law: text and materials, *op. cit.*, p. 24-39; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, p. 4-13.

⁵² Un tel service est par exemple offert par la société française Free, que l'on peut trouver à l'adresse suivante : <<http://pagesperso.free.fr/>> (pour les liens de cette section, la dernière visite date du 16.09.13).

distribution de ce contenu. C'est le cas de plates-formes de blog, telles que WordPress⁵³ ou Blogger,⁵⁴ qui permettent à tout un chacun de disposer d'un site Internet « clefs en main », facile à éditer et disposant de scripts permettant aux usagers de commenter les articles, ou de mettre des liens vers leur propre contenu. C'est également le cas de sites de gestion de contenu, comme Youtube,⁵⁵ qui, par un unique chargement d'une vidéo sur leurs serveurs, permet à son auteur de la partager et de la mettre en rapport avec un réseau d'autres vidéos traitant du même sujet. Enfin, les réseaux sociaux tels que Facebook⁵⁶ et LinkedIn⁵⁷ permettent la création d'un profil sur lequel il est possible de poser des photos ou des liens vers d'autres types de contenu ; ce type de service permet également, via ses fonctions sociales, de propager ce contenu dans un cercle élargi de personnes. La gratuité et la facilité d'emploi de ces nouveaux types d'hébergeurs font qu'il est aisé de passer du rôle de simple usager à celui de fournisseur de contenu. Nous reviendrons sur l'impact de cette facilité sur les caractéristiques d'Internet en tant que média plus tard dans ce chapitre.

51. Un dernier mot sur les fournisseurs d'hébergement : la question de savoir s'ils peuvent être tenus comme responsables du contenu qu'ils diffusent à titre d'intermédiaires est une question de fond qui ne sera pas traitée dans ce travail. Au niveau européen, en tout cas, celle-ci n'est pas admise du moment que l'hébergeur ignore le caractère illicite du contenu qu'il stocke.⁵⁸

C) Fournisseurs d'accès à Internet (FAI)

52. Connectés à toute heure aux artères principales du réseau, les fournisseurs d'accès répartissent la connexion Internet aux usagers, individuels et entreprises, moyennement un abonnement tarifaire.⁵⁹ Certains fournisseurs d'accès proposent des services complémentaires, comme l'hébergement ou des portails d'informations. La question de la responsabilité des fournisseurs en matière de diffamation est, à nouveau, une question de droit de fond qui ne nous touche pas directement.⁶⁰

⁵³ Le service Wordpress permet d'héberger gratuitement un blog personnel, avec une place disponible de 3Gb maximum, et propose diverses option de customisation, de sécurité, et de statistiques. Voir <<http://www.wordpress.com>>.

⁵⁴ Le service Blogger permet similairement de faire héberger un blog personnel gratuitement. Voir <<http://www.blogger.com>>.

⁵⁵ <<http://www.youtube.com>>.

⁵⁶ <<http://www.facebook.com>>.

⁵⁷ <<http://www.linkedin.com>>.

⁵⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOUE L 178/1 du 17/07/2000, art. 14.

⁵⁹ Un tel service est par exemple proposé en Suisse par Swisscom, voir <<http://www.swisscom.ch/res/internet/index.htm?languageId=fr>>.

⁶⁰ En tant qu'ils ne font que transmettre des informations, le droit communautaire exclut leur responsabilité. Voir Directive 2000/31/CE, *op. cit.*, art. 12.

D) *Moteurs de recherche*

53. Enfin, il serait impossible de traiter d'Internet sans mentionner les moteurs de recherche. Que ce soit Google,⁶¹ Yahoo!⁶² ou encore Bing,⁶³ l'emploi de ces services est tellement répandu qu'il est une partie indissociable de l'usage du réseau. Ils servent une double fonction.

54. Ils permettent en premier lieu de répertorier et de trier le contenu de la masse informationnelle qui constitue le réseau Internet. Cet aspect est celui qu'emploie un usager au quotidien : en entrant une série de mots clés ou d'expressions, le moteur de recherche affiche une liste de sites en rapport avec sa demande. Ce faisant, ils occupent une fonction d'annuaire du web, qui permet de trouver rapidement les informations souhaitées.

55. Mais ils ont également une fonction publicitaire, qui est liée à cette fonction d'indexation. Lorsqu'une recherche est lancée, l'exposition qu'aura un site variera selon sa position affichée : les liens de la première page de résultats seront consultés par plus de visiteurs que ceux affichés sur la cinquième ou sixième page. Un fournisseur de contenu qui cherche à rendre son site populaire devra donc s'adapter aux règles de conduites et de formatage de ces moteurs de recherche, afin de se trouver en tête des résultats. Il peut également requérir aux services publicitaires payants proposés par certaines de ces sociétés, qui propulsent directement le site désigné en haut des résultats.⁶⁴

56. Ce double rôle endossé par les moteurs de recherche aura un impact certain sur notre matière car ils permettent de témoigner de la popularité du site d'un fournisseur de contenu, mais également de la volonté qu'à ce dernier à être « visible » sur Internet.

E) *Usagers*

57. En dernier lieu, les usagers d'Internet sont ceux qui emploient le réseau et qui consultent du contenu numérique sans occuper d'autres fonctions particulières. Dans le cadre de notre problématique, l'activité des usagers sera d'une importance fondamentale : comme l'atteinte illicite à la personnalité se caractérise par la lecture d'un article ou d'une ressource par le public, ce sont ces usagers du web qui produisent l'impact de cette atteinte. Du point de vue d'un fournisseur de contenu, il sera donc capital de savoir quels sont les usagers qui consultent son site et de déterminer où ils se situent.

⁶¹ <<http://www.google.com>> (dernière visite des liens de cette section le 16.09.13).

⁶² <<http://www.yahoo.com>>

⁶³ <<http://www.bing.com>>

⁶⁴ Pour un exemple d'un tel service, voir Google Adwords, disponible sur <<http://www.adwords.com>>.

§ III. Aspects techniques

58. Partant de cette dernière préoccupation, on peut s'interroger de plusieurs façons : quel est le moyen technique permettant de retrouver une ressource disponible sur Internet ? Comment fait-on pour identifier un usager ou un serveur ? Ce processus permet-il de faire un lien avec leur réalité géographique ? Ces questions nous sont doublement centrales. Si l'anonymat des usagers du réseau est complet, il sera difficile pour un fournisseur de contenu de savoir qui consulte exactement son site. Inversement, s'il est impossible de localiser l'origine géographique d'un site, il sera plus ardu de déduire, à l'occasion d'un test juridictionnel, quel est son contexte commercial et quel est le public géographique auquel il s'adresse.

59. Nos réponses seront données en deux temps : d'abord, nous discuterons de l'*Internet Protocol* (IP), qui est l'adresse informatique employée sur le réseau pour identifier une machine. Ensuite, nous parlerons des noms de domaines, et du *Domain Name System* (DNS), qui permet aux usagers d'accéder à des ressources précises grâce à des adresses faciles à mémoriser.

A) *Internet Protocol (IP)*

1) *Notion*

60. Chaque machine connectée sur Internet, qu'elle soit l'ordinateur personnel d'un usager, un serveur contenant un site ou une machine intermédiaire affixée à la structure d'Internet, dispose de sa propre adresse IP qui l'identifie par rapport au reste des machines formant le réseau.⁶⁵ Dans l'absolu, l'IP est une sorte d'adresse attribuée à tout ordinateur connecté au réseau. Elle accompagne toute activité faite par une machine et en est la marque identificatrice. Même lorsqu'un usager ne fait que consulter quelques sites, il emporte avec lui son IP qui sera lue et retenue par toutes les machines avec lesquelles il entre en contact.

61. Sous sa version actuelle, appelée IPv4,⁶⁶ l'IP se présente par un adressage de 32 bits, exprimé par une succession de 4 chiffres pouvant aller de 0 à 255. Un exemple d'IP tiré au hasard serait 81.13.260.173. En prenant en compte toutes les permutations possibles entre 0.0.0.0 et 255.255.255.255, l'adressage de l'IP permet la connexion et l'identification de 4,294,967,296 connexions différentes de par le monde.⁶⁷

⁶⁵ Pour plus de détails techniques sur la nature et la fonction de l'IP, voir CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 235-273; BILL STEWART, *The Living Internet, IP Adresses*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_ip.htm>.

⁶⁶ Le système actuel d'IPv4 sera remplacé par l'IPv6 dans un futur proche. Pour une présentation de cette transition, voir *infra* p. 46ss.

⁶⁷ Ce chiffre est en réalité quelque peu trompeur, car certaines IP spéciales sont réservées pour des fonctions autres et ne sont pas employées à des fins d'identification. Voir CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 245-256.

62. La répartition internationale des IP est du ressort de l'ICANN, et plus particulièrement de sa fonction dite de l'IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*)⁶⁸. Cette procédure se déroule en plusieurs paliers, et prend en compte certains aspects régionaux. L'entier des IP disponibles est découpé en blocs par l'IANA, puis réparti parmi cinq organisations régionales, responsables de la gestion locale de la structure d'Internet.⁶⁹ Celles-ci les répartissent ensuite aux fournisseurs d'accès de leur région. Enfin, ces derniers, à leur tour, les attribuent selon leur besoins aux usagers, soit les entreprises et particuliers utilisant leurs services pour accéder au réseau.⁷⁰

2) Carences de l'IP en tant qu'outil d'identification géographique

63. Si l'IP est sur le papier une adresse qui permet d'identifier une machine, elle n'est pas pour autant comparable à une adresse postale ou à un numéro de téléphone. Elle est par nature une donnée indéterminée et volatile, ce qui la rend moins fiable que ces deux moyens.⁷¹

64. L'IP est indéterminée car sa répartition en blocs par l'IANA et les organisations régionales n'est pas toujours cohérente avec la réalité géographique. Par exemple, les IP attribuées aux connexions provenant de Suisse se trouvent majoritairement dans un bloc préfixé par les chiffres 194 et 195. Mais cet adressage n'est pas pleinement cohérent, et des petits blocs attribués à la Suisse se trouvent également dans des rangées allant des préfixes 77 à 217.⁷² De plus, les blocs d'IP eux-

⁶⁸ <<http://www.iana.org/>>. Les fonctions liées à l'IANA lui sont déléguées par un contrat avec la *National Telecommunications & Information Administration* du gouvernement américain, qui est formellement l'autorité habilitée à les gérer; voir <<http://www.ntia.doc.gov/page/iana-functions-purchase-order>> (dernière visite le 12.06.12).

⁶⁹ Pour l'Europe et le Moyen Orient, l'organisation responsable de cette attribution se nomme Réseaux Européens Network Coordination Centre (RIPE NCC), dont le portail est disponible à l'adresse suivante : <<http://www.ripe.net>>. Les quatre autres organisations sont l'African Network Information Centre (AFRINIC) pour l'Afrique <<http://www.afrinic.net>>, l'American Registry for Internet Numbers (ARIN) pour l'Amérique du Nord et les Caraïbes <<https://www.arin.net>>, l'Asia-Pacific Network Information Centre (APNIC) pour l'Asie et le Pacifique <<http://www.apnic.net>>, et enfin la Latin American and Caribbean Internet Addresses Registry (LACNIC) pour l'Amérique latine <<http://www.lacnic.net>>. Ensemble, ces associations régionales font partie de la Numbers Resource Organisation (NRO), une association faitière permettant de centraliser l'impulsion de la politique mondiale d'assignation des IP <<http://www.nro.net>> (dernières visites le 15.09.13). Ces organisations offrent une consultation de leur base de données par le biais de requête de type WHOIS. Ces informations forment la source primaire du développement des bases de données privées d'identification que nous examinerons en *infra* p. 38ss.

⁷⁰ CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 251-254.

⁷¹ Voir BENJAMIN EDELMAN, Shortcomings and Challenges in the Restriction of Internet Retransmissions of Over the air Television Content to Canadian Internet Users, 2001, <http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/people/edelman/pubs/jump-091701.pdf>, p. 3-7; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *Alphen aan den Rijn* 2007, p. 326. Voir également les documents informatifs publicitaires édités par les sociétés vendant des services de géolocalisation, que nous examinerons plus en avant dans ce chapitre : MaxMind Inc, IP Location and GeoIP Explained, <<http://www.maxmind.com/app/ip-location-explained>>, Neustar, Going Global with Geolocation. Disponible à l'adresse suivante: <<http://www.neustar.biz/enterprise/docs/whitepapers/ip-intelligence/ipintel-wp-going-global-eng.pdf>> (dernière visite le 12.06.12).

⁷² Pour consulter un site permettant de savoir de façon approximative les blocs IP attribués à chaque pays, voir <<http://www.countryipblocks.net/country-blocks/>> (dernière visite le 16.09.13)

mêmes peuvent être indéterminés. Par exemple, l'IANA attribue directement quelques blocs à des groupes notables, comme IBM, Apple, ou les services de la défense américaine et anglaise. Du moment qu'une machine appartenant à ces groupes est sur le réseau, son IP ne témoignera que de ce lien matériel, et non d'une réalité géographique quelconque.⁷³ Enfin, la consultation des registres officiels au sujet d'une IP ne permet que de retrouver le fournisseur d'accès qui se l'est vu attribuer par les organisations compétentes. Ces registres ne permettent pas de retrouver les usagers individuels, ni de contrôler leur localisation géographique. Cela peut poser problème lorsqu'un fournisseur d'accès propose ses services dans plusieurs pays : les IP qui lui sont attribuées pointeront vers sa maison mère, mais ne permettront pas de savoir plus précisément quelle est la situation de la machine physique qui est identifiée par ce chiffre.

65. L'IP est volatile, car elle n'identifie une connexion précise que pour la durée de cette connexion. La plupart du temps, les fournisseurs d'accès ont moins d'IP disponibles que de clients, et ils attribuent et réattribuent ces adresses au gré des connexions et des déconnexions de ceux-ci. A moins de disposer d'une ligne fixe connectée constamment à Internet, un usager se verra attribuer des IP différentes à chaque fois qu'il se connecte. Lorsqu'il est question de fournisseurs d'accès de grande envergure, disposant de clients dans plusieurs États ainsi que d'un nombre conséquent d'IP, il devient ardu de savoir précisément quelle IP est attribuée à quel usager à un moment précis.

66. Pour résumer, l'adresse IP est une donnée surtout d'ordre informatique : elle est une empreinte temporaire et indéterminée qui permet aux machines connectées sur Internet de s'identifier mutuellement. Mais elle n'est pas une donnée humaine, qui permettrait de retrouver une certaine réalité physique ou géographique au-delà de cette désignation technique.

B) Noms de domaines, Domain Name System (DNS) et Universal Resource Locator (URL)

1) Notion

67. L'IP est l'unique moyen technique dans l'architecture d'Internet qui permet de désigner et d'atteindre une machine connectée sur le réseau. Tout serveur, et par conséquent tout site disponible sur Internet, ne peut se consulter qu'à la condition de disposer de son adresse IP. Evidemment, l'emploi « tel quel » de ce système serait plutôt encombrant pour les usagers, s'ils devaient se souvenir des adresses IP de chacun des sites qu'ils fréquentent.

⁷³ Pour pouvoir accéder à la table de répartition des IP exécutée par l'IANA sur le plan global, voir <<http://www.iana.org/assignments/ipv4-address-space/ipv4-address-space.xml>> (dernière visite le 12.06.12).

68. Pour pallier à cette austérité fonctionnelle, les ingénieurs à l'origine d'Internet ont créé le système de noms de domaines (*Domain Name System / DNS*), une base de données permettant de désigner ces IP via l'emploi d'adresses formatées en toutes lettres, plus mémorables pour l'esprit.⁷⁴ Ce que l'on désigne communément par « l'adresse d'un site » est en réalité cet adressage alphanumériques appelé *Universal Resource Locator (URL)*. L'URL existe pour faciliter l'accès de l'utilisateur humain à un serveur, ou à une ressource disponible sur celui-ci ; de façon analogue à un carnet d'adresses, leur fonction est de pointer sur une IP donnée. Les liens que l'on peut trouver sur une page web sont également des URL, qui fonctionnent sur le même principe.

69. Imaginons un exemple dans lequel un usager désire consulter le site de l'administration Suisse. Dans son navigateur, il entre l'URL <http://www.admin.ch>, et le site de la Confédération Suisse apparaît sur son écran. Lors de cette opération, sa requête sera traitée par un serveur dédié nommé *Domain Name Server*, qui contient une base de données des différents noms de domaine enregistrés à ce jour ainsi qu'une référence de l'adresse IP correspondant à chacun d'entre eux.⁷⁵ Le lien entre nom de domaine et IP établi, la requête pourra se poursuivre, et elle sera acheminée vers l'adresse IP associée au domaine <admin.ch>, qui est 162.23.39.73.⁷⁶

70. La gestion du système de noms de domaines est du ressort de l'ICANN, qui a délégué ses fonctions de registre à des sociétés régionales agréées. Si un fournisseur de contenu désire employer un nom de domaine pour faciliter l'accès à son site, il devra s'adresser à l'une de ces sociétés, et lui payer des frais associés.⁷⁷

⁷⁴ Pour plus de détails sur l'historique, la nature et la fonction du DNS, voir CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 858-951; CHRIS REED, *Internet Law: text and materials*, *op. cit.*, p. 38-41; BILL STEWART, *The Living Internet, Domain Name System*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_dns.htm>.

⁷⁵ De façon générale, les fournisseurs d'accès disposent chacun de leur propre *Domain Name Server*, dont l'utilisation par l'utilisateur est configurée lors de l'installation. Voir CHRIS REED, *Internet Law: text and materials*, *op. cit.*, p. 31; BILL STEWART, *The Living Internet, Domain Name Servers*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_dns_dns.htm>.

⁷⁶ Entrer directement l'IP 162.23.39.73 dans son navigateur amène l'utilisateur au site de l'administration Suisse, quoique à une partie interdite de celui-ci pour le public. L'utilisation de l'IP « pure » à la place de l'URL ne se limite bien sûr pas à cet exemple : on peut employer 87.248.122.122 pour accéder au site américain de Yahoo !, ou 173.194.70.94 pour accéder à Google Suisse. Plusieurs bases de données en ligne existent pour retrouver l'adresse IP à laquelle est associé un nom de domaine. L'exemple d'un tel service peut se trouver à l'adresse suivante : <http://www.selfseo.com/find_ip_address_of_a_website.php> (dernière visite, et derniers essais de navigation avec ces IP le 15.09.13).

⁷⁷ Voir <<http://www.icann.org/en/participate/what-icann-do.html>> (« *These domains are sold by a large number of "registrars", free to charge whatever they wish, although in each case they pay a set per-domain fee to the particular registry under whose name the domain is being registered* »; dernière visite le 15.09.13).

2) Structure d'une URL

71. En reprenant l'exemple de <http://www.admin.ch>, nous allons brièvement présenter les éléments formant une URL, ainsi que leur signification technique. Pour comprendre la hiérarchie structurant une adresse URL, il faut prendre chacune de ses particules, en partant de la droite pour arriver vers la gauche.⁷⁸

72. Tout à droite se trouve le *Top Level Domain (TLD)*, un suffixe qui énonce la catégorie générale à laquelle l'adresse appartient. Dans notre exemple, il s'agit du *.ch*, qui identifie une appartenance au groupe des sites Suisses.

73. Au milieu se trouve le nom de domaine proprement dit, qui est choisi et enregistré par le propriétaire du site. Dans notre exemple, le nom de domaine est la particule *admin*. Il est aussi possible d'enregistrer des domaines secondaires, voire tertiaires, qui viennent s'accoler à gauche de cet élément afin de désigner un serveur rattaché au sein du nom de domaine principal. Par exemple, l'URL <http://www.tv.admin.ch> mène l'utilisateur au site du service de conférences de presse du Conseil Fédéral, plutôt qu'au site principal de l'administration Suisse. Dans ce cas, la particule *tv* est un sous-domaine, qui vient identifier un serveur dédié à ce sujet, se trouvant au sein du domaine *admin*, lui-même groupé dans le TLD *.ch*.

74. Tout à gauche se trouvent les informations sur le type d'hôte (*www*) et l'application (*http*) employée pour consulter le site. Ils ne nous concernent pas directement.

75. Les URL peuvent aussi servir pour identifier une ressource ou un fichier spécifique se trouvant dans le domaine consulté. Par exemple, en entrant <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr.pdf> dans son navigateur, on accède à un fichier de type PDF reproduisant le code suisse des obligations. Les éléments rajoutés à droite du TLD *.ch* permettent de localiser ce fichier au sein de l'arborescence du serveur désigné par le nom de domaine <admin.ch>. Comme ils désignent une ressource interne à celui-ci, ils n'ont pas de rôle à proprement parler dans la détermination du serveur.

76. Nous nous intéresserons maintenant à la fonction descriptive des *Top Level Domain*, qui peut quelquefois être employée pour déterminer la teneur géographique d'un site enregistré avec un nom de domaine.

3) Top Level Domain (TLD)

77. Dans l'URL <http://www.admin.ch>, le *Top Level Domain* est le suffixe *.ch*. C'est lui qui montre que le site désigné appartient au groupe de sites suisses. Le TLD a donc une fonction d'identifiant, et permet au premier regard de situer la catégorie à

⁷⁸ HENRIK SPANG-HANSEN, *Cyberspace & International Law on Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 13; BILL STEWART, *The Living Internet, Internet Domain Names*, <http://www.livinginternet.com/i/iw_dns_name.htm>.

laquelle appartient un site. Il existe de nombreux TLD différents, répartis en deux groupes.⁷⁹

78. Les suffixes nationaux (*Country Code TLD*, ou ccTLD) identifient les sites relatifs aux différents pays mondiaux de façon cohérente avec la norme ISO 3166. Notre exemple était un ccTLD en *.ch*, identifiant la Suisse. Les noms de domaines relatifs à la France ont le suffixe *.fr* ; les chinois ont *.cn* ; et les américains *.us*. Leur rôle est, bien sûr, d'identifier des serveurs appartenant à une provenance géographique déterminée. Toutefois, il faut quelquefois faire attention à ces ccTLD. Le choix de leur attribution est laissé aux mains des États concernés ainsi que des autorités locales de régistration. Quelquefois, leur politique reflète une ouverture aux fournisseurs de contenu étrangers, ce qui tend à détruire la fonction d'identification géographique normalement rattachée à ce type de suffixe national.⁸⁰

79. Un exemple est celui des adresses se terminant en *.tv*. A l'origine, elles étaient sensées grouper les sites associés aux îles Tuvalu. Mais le rapport entre ce suffixe et le mot *télévision* a attiré l'attention de plusieurs entreprises du domaine de l'audiovisuel, désireuses de l'employer afin d'identifier leurs services web. En accord avec l'administration nationale du Tuvalu, Verisign, la société responsable du registre, a fait prospérer un juteux marché de régistration de ce ccTLD. Elle accomode tout fournisseur de services désirant enregistrer un nom de domaine avec un suffixe en *.tv*.⁸¹ Ainsi, le site de la chaîne de télévision américaine MTV se trouve à l'adresse URL <<http://www.mtv.tv>>, et celui du site de partage de vidéos BlipTV, également d'origine américaine, sur <<http://www.blip.tv>>. Cela va sans dire que le lien matériel entre ces sites et le Tuvalu est inexistant.

80. Les suffixes génériques (*Generic TLD*, ou gTLD), identifient des secteurs d'activité. Les plus importants sont :

- *.com*, qui identifie un site de nature commerciale.
- *.org*, qui identifie un site appartenant à une organisation.
- *.net*, originellement sensé identifier des sites en rapport avec le développement des réseaux informatiques, mais qui n'a pas en pratique de réelle connotation particulière.
- *.info*, sensé identifier des sites à vocation informationnelle, mais qui peut être employé par d'autres types de sites.
- *.biz*, qui, similairement à *.com*, traduit une orientation commerciale.
- *.gov*, qui identifie les sites relatifs au gouvernement américain.

⁷⁹ Une liste complète et mise à jour de tous les TLD disponibles se trouve sur le site de l'IANA, à l'adresse suivante : <<http://www.iana.org/domains/root/db/>> (dernière visite le 16.09.13).

⁸⁰ BENJAMIN EDELMAN, Shortcomings and Challenges in the Restriction of Internet Retransmissions of Over-the-air Television Content to Canadian Internet Users, *op. cit.*, p. 3.

⁸¹ Voir le site officiel de Verisign permettant l'enregistrement des noms de domaines avec la terminaison *.tv* : <<http://www.verisign.tv/index.html>> (dernière visite le 16.09.13).

Cette liste n'est pas exhaustive, et il existe d'autres gTLD avec des fonctions spécifiques, comme *.cat* pour les sites en catalan ou *.museum* pour les musées. Les gTLD n'apportent aucune fonction d'identification, si ce n'est une vague identification sectorielle.

4) *Carences du DNS en tant qu'outil d'identification géographique*

81. De façon similaire à l'IP, les registres officiels des noms de domaines ne sont pas des sources sûres d'identification.⁸² Souvent, ils ne portent la mention que de l'entité qui a enregistré le nom de domaine. Ils n'indiquent pas la provenance géographique du site y associé, ni la location du serveur identifié par l'URL. De plus, plusieurs noms de domaines peuvent être employés pour désigner le même serveur, comme par exemple les adresses `<http://www.youtube.com>` et `<http://www.youtu.be>` qui mènent au même site. Enfin, il faut rappeler que le système de noms de domaines a pour fonction de désigner les serveurs qui y sont enregistrés par leurs exploitants. Il ne peut donc pas être employé pour identifier des usagers individuels.

Section III Le mode de publication par Internet

82. La section précédente nous a permis de présenter Internet, ses acteurs, ainsi que quelques-unes de ses technologies. Nous pouvons maintenant mettre en corrélation le réseau ainsi décrit, et notre problématique. Dans cette section, nous nous poserons une question essentielle : est-ce qu'Internet, en tant que média, diffère fondamentalement de ceux qui l'ont précédé ? Si oui, en quoi ? Pour y répondre, nous identifierons trois traits caractéristiques de la publication par Internet et montrerons en quoi ils la distinguent des autres modes de diffusion. Ensuite, nous considérerons ces traits pris ensemble, et concluons à l'exceptionnalité du réseau en tant que média.⁸³

⁸² De tels services sont disponibles auprès des autorités de régistration agréées par l'ICANN. Voir p. ex. les services whois de Verisign et de Network Solutions, aux adresses suivantes : `<http://www.verisigninc.com/en_US/products-and-services/domain-name-services/whois/index.html>` et `<http://www.networksolutions.com/whois/index.jsp>` (dernière visite le 15.09.13).

⁸³ Pour des présentations rejoignant la notre, voir BERTIL COTTIER, *Impact des nouveaux médias sur la science et la pratique du droit*, *op. cit.*, p. 6-9; CHRIS REED, *Internet Law: text and materials*, *op. cit.*, p. 7-2; HENRIK SPANG-HANSEN, *Cyberspace & International Law on Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 9-21; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 29-45.

§ I. Caractéristiques et spécificités du mode de publication par Internet

A) *Ubiquité, instantanéité et multiplicité*

83. La publication sur Internet est instantanée et a une portée intrinsèquement mondiale. Dès l'instant où un site est chargé par son auteur sur un serveur, il sera immédiatement consultable pour les deux milliards d'usagers y connectés sans aucune restriction géographique. Par un simple acte de mise à disposition, Internet permet d'atteindre de façon instantanée un public international dont la seule limite est le nombre de connexions. Cette caractéristique fait qu'une analogie directe entre le mode de diffusion d'Internet et celui trouvé dans la presse papier est difficile, car elle implique une inversion du taux initial de pénétration géographique d'une publication donnée.

84. En matière de presse papier, le point de départ de tout éditeur est une pénétration de 0% d'États. Cela, car il lui est possible de déterminer *ex ante* la mosaïque d'États dans laquelle son journal ou son ouvrage sera distribué. Le fait d'une publication au sein d'un État est un acte *positif*, délibéré au cas par cas, et dirigé à l'encontre d'un public géographique déterminé. En revanche, une publication sur Internet dispose d'un taux de pénétration géographique initial de 100%. Dès l'instant où un éditeur charge du contenu sur un serveur, celui-ci pourra potentiellement attirer des lecteurs situés dans le monde entier. La publication est en quelques sortes un acte *négalif*, car si cet éditeur souhaite limiter la consultation de son site à un public géographique particulier, il devra trouver un moyen de réduire l'universalité inhérente à la structure d'Internet.

85. L'éloignant de la presse papier, cet aspect du réseau le rend plus proche de la télévision par satellite, média dans lequel la transnationalité est également une caractéristique inhérente. Cependant, les deux caractéristiques suivantes décrites ci-après vont, à leur tour, venir perturber cette similitude.

B) *Absence de moyens de contrôle*

86. Un fournisseur de contenu ne peut pas obtenir d'informations précises sur la provenance des usagers qui consultent son site. La seule « carte de visite » laissée par ceux-ci est l'adresse IP qui, comme vu précédemment, n'est pas un moyen d'identification fiable. En conséquence, il est impossible pour le fournisseur de savoir précisément où se situe son public. Il lui est pareillement impossible de prévoir à l'avance qui pourra visiter son site, ni de restreindre sa consultation à une partie du monde ou une catégorie spécifique de visiteurs. Cet aspect contraste fortement avec les autres médias, qui permettent tous, à des degrés différents, de déterminer le public géographique touché par une diffusion et d'en restreindre l'accès si nécessaire.

87. De façon anticipée, il faut préciser ici que des moyens ont été trouvés pour pallier à cette carence naturelle de la structure technique d'Internet. A la suite de

cette discussion sur les caractéristiques d'Internet, nous présenterons des systèmes, développés depuis une quinzaine d'année par certains des acteurs du réseau, permettant de relier un usager à son État d'appel, voire à sa ville.

C) *Absence de barrière à l'entrée*

88. Dans les médias traditionnels, la publication à l'échelle transnationale est réservée aux éditeurs ayant un certain savoir-faire et disposant des moyens, tant techniques que juridiques, permettant de supporter les coûts et les conséquences liés à la distribution globale d'un contenu.

89. Le monde d'Internet est bien différent. Même si les éditeurs professionnels, tels que CNN ou Dow Jones, gardent une présence accrue, la diffusion d'informations et de contenu est également à la portée d'individuels de tous âges et de tous types, qu'ils soient des chercheurs, des passionnés de certaines matières, ou encore des gérants de sites amateurs ou semi-professionnels. Cela est possible car les barrières à l'entrée de la publication sont moins exigeantes qu'en matière de médias physiques. Pour devenir fournisseur de contenu Internet, et profiter derechef de l'universalité de son mode de publication, il est seulement requis d'avoir une connexion et de quelques connaissances informatiques. Le développement récent de plates-formes de blog et de réseaux sociaux, qui permettent d'aisément créer et de propager un message à un cercle étendu de personnes, ont à leur tour notablement abaissé ces barrières à la publication.

90. Une étude démographique du phénomène des blogs, effectuée en 2010 par la firme Sysomos, montre qu'au moins 20% des blogs existant sur Internet sont tenus par des personnes de moins de 20 ans. La part principale de l'activité du *blogging* est détenue par les personnes de 21 à 35 ans, qui forment plus de 53% de la part de bloggeurs actifs.⁸⁴ Similairement, des statistiques sur l'usage de Facebook aux États-Unis en 2010 laissent apparaître que 11% des usagers du réseau social ont entre 13 et 17 ans, et que 29%, soit la part la plus large, ont entre 18 et 25 ans. Enfin quelques 7% d'usagers ont plus de 55 ans.⁸⁵

91. Il est possible de douter de l'impact réel de ces éditeurs individuels. Contrairement aux services professionnels d'information, ils n'ont pas de moyens leur permettant de faire la promotion de leur contenu. On pourrait alors argumenter que peu d'entre eux auront un rayonnement transnational suffisant pour qu'apparaisse un conflit avec le droit international privé de la protection de la personnalité. Les prendre en compte dans notre analyse serait alors superflu. Allant en ce sens, une étude de Calson Analytics tend à montrer qu'une grande majorité de

⁸⁴ Sysomos Inc, Inside Blog Demographics, <<http://www.sysomos.com/reports/bloggers/>> (dernière visite le 17.09.13).

⁸⁵ SMITH, Justin, December Data on Facebook's US Growth by Age and Gender: Beyond 100 Million, <<http://www.insidefacebook.com/2010/01/04/december-data-on-facebook's-us-growth-by-age-and-gender-beyond-100-million/>> (dernière visite le 17.09.13).

blogs sont réservés à un public restreint, qui englobe la famille et les amis du blogueur individuel.⁸⁶

92. Nous estimons néanmoins que l'impact des éditeurs de moindre envergure, même s'il est réduit, ne doit pas être ignoré. Etant donné la rapidité avec laquelle les informations circulent sur le réseau, il suffira qu'un site populaire poste l'URL d'un site mineur pour que ce dernier soit consulté par un nombre élevé de visiteurs, émanant d'une pluralité d'États. Ce type de réaction en chaîne est reconnu en tant que phénomène social d'Internet, et est identifié sous l'appellation de l'effet Slashdot. Le principe est le suivant : certains sites, comme le portail éponyme Slashdot⁸⁷ ou encore Reddit,⁸⁸ sont spécialisés dans la recherche de dépêches au jour le jour, trouvées dans la masse informationnelle du web. Dès qu'un site ou un article les intéresse, leurs contributeurs rédigent une nouvelle accompagnée d'un lien vers la source. L'effet Slashdot intervient lorsque ce site source, souvent un site de petite envergure et sensé ne recevoir que quelques centaines de visites par mois, est consulté par les nombreux lecteurs du portail. Cet influx de consultations peut dépasser le millier de visiteurs à la minute. Du point de vue technique, l'effet Slashdot peut avoir des conséquences néfastes car les serveurs d'un site modeste ne sont souvent pas capables de gérer autant de requêtes en même temps.⁸⁹

93. L'effet Slashdot nous montre que dès qu'une information est intéressante ou porte à controverse, la communauté d'Internet trouvera un moyen de la faire connaître. Et ce, quelle que soit sa source. Pour cette raison, nous estimons que l'absence de barrière à l'entrée de la publication sur Internet peut avoir des effets à large échelle et qu'elle incarne une caractéristique majeure de son mode de publication.

§ II. Conclusion : une analogie difficile entre Internet et les autres médias

94. Combinées, ces trois caractéristiques nous permettent de conclure qu'Internet ne peut pas être directement assimilé aux autres médias.⁹⁰ Nous retiendrons qu'Internet apporte deux éléments s'éloignant du schéma de publication dite traditionnelle :

⁸⁶ Caslon Analytics, Blog Statistics and Demographics, <<http://www.caslon.com.au/weblogprofile1.htm>> (dernière visite le 12.06.2012). Reprenant cet argument dans le contexte du droit international privé, voir JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, Oxford 2006, p. 158-160. Ces auteurs argumentent que les fournisseurs de contenu individuels n'ont pas à se soucier d'autres lois que leur loi locale, car ils n'ont pas de liens avec d'autres États que celui de leur domicile.

⁸⁷ <<http://slashdot.org>> (dernière visite des liens de cette section le 17.09.13).

⁸⁸ <<http://www.reddit.com>>

⁸⁹ Wisegeek, What is the Slashdot Effect?, <<http://www.wisageek.com/what-is-the-slashdot-effect.htm>>.

⁹⁰ DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 46-55; BRIAN P. WERLEY, *Aussie Rules : Universal Jurisdiction over Internet Defamation*, 18 *Temp. Int'l & Comp L. J.* (1999), p. 199ss, spec. p.220. En lien avec cette conclusion, d'autres auteurs nous rappellent que l'élargissement de la publication par Internet permet également une dissémination plus rapide et plus facile de messages illicites, ainsi qu'une prolifération d'auteurs moins responsables et cautions que les organes de presse

- Un élargissement horizontal, qui permet à toute communication de toucher simultanément toutes les juridictions mondiales dès sa mise en ligne.
- Un élargissement vertical, qui facilite l'accès à cette universalité géographique, et la met à la portée des éditeurs de petite et moyenne envergure.

95. C'est en confrontant les solutions trouvées dans ce travail à ces deux élargissements que nous pourrions déterminer si elles sont appropriés pour saisir pleinement la réalité d'Internet. Nos conclusions ici devront cependant être tempérées par un facteur technologique: s'il était possible de renforcer les moyens de contrôle offerts aux éditeurs, ou de défaire l'absence d'identité géographique caractéristique du réseau, alors les conséquences de ces élargissements seraient bien moins importantes. La prochaine section fera état des développements techniques en la matière, regroupés sous le terme de géolocalisation.

Section IV Géolocalisation, filtrage et territorialisation d'Internet : l'arrivée de frontières virtuelles sur le réseau ?

§ I. Généralités sur la territorialisation d'Internet

A) *Notion*

96. L'architecture naturelle d'Internet n'est pas propice à l'identification et à la localisation de ses usagers. Ses fondements techniques, comme sa nature décentralisée et la nature floue de l'IP et du DNS, traduisent la volonté de créer un réseau dépourvu de géographie et dans lequel il est difficile de faire le lien avec le monde physique. Ce sont ces mêmes aspects qui le rendent difficile à appréhender en matière de droit international privé et de commerce électronique plus généralement.

97. Cependant, ces fondements techniques ne sont pas des caractéristiques immuables. Si le réseau tend à réduire l'importance de la géographie, ce n'est qu'uniquement parce que le code régissant sa structure technique a été développé à cette fin. Et ce code peut être changé, contourné, ou suppléé par d'autres moyens.⁹¹ L'absence de frontières sur Internet n'a donc jamais été une fatalité, et, très tôt, des

traditionnels. Il faudra donc prendre garde à ne pas interpréter ce changement de paradigme, *en tant que tel*, comme un argument soutenant des approches favorables aux auteurs de la toile. Voir ERIC BARENDT, *Jurisdiction in Internet Libel Cases*, 110 Penn. St. L. Rev. (2006), p. 727ss, spec. p. 736; YOUSEPH FARAH, *Jurisdictional Aspects of Electronic Torts, in the Footsteps of Shevill Press Alliance SA*, C.T.L.R. 2005, 11(6), p. 196ss, spec. p. 198.

⁹¹ Cet argument tient du célèbre axiome avancé par le professeur LESSIG, « *code is law* ». Celui-ci signifie que la régulation d'Internet ne peut qu'adopter les contours qui lui sont permis par le code régissant le fonctionnement même du réseau. Or, celui-ci n'est pas immuable, et Internet peut potentiellement devenir un environnement contrôlé qui peut non seulement identifier mais aussi traquer les agissements de ses usagers. Voir Andrew LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York 1999. Du même auteur, voir également un article où, déjà en 1996, il prévoit l'avènement de la géolocalisation : *The Zones of Cyberspace*, Stan. L. Rev. 48, p. 1407ss.

processus ont été développés pour y insuffler une part de territorialité. Alors que, en 1997, l'identification géographique par Internet semblait encore être un rêve impossible, force est de constater que celui-ci a bel et bien été atteint. Aujourd'hui, il faut reconnaître que des « frontières » virtuelles existent. Celles-ci proviennent de deux sources.

98. La première source de territorialisation vient du droit public.⁹² Un nombre croissant de gouvernements censurent Internet et bloquent l'accès local aux sites non conformes à leurs exigences. Ces exigences varient de d'État en État, et les raisons sous-tendant ce filtrage peuvent revêtir de multiples formes : prévention de délits, motifs politiques, protection des mineurs ou encore élimination de la pornographie. Sur le plan technique, cette censure étatisée du web peut se déployer de diverses manières. Un premier moyen possible est de filtrer le contenu du réseau directement à la source, en faisant transiter toute information arrivant dans le pays par une série de machines triant le contenu avant de le distribuer vers les fournisseurs d'accès nationaux. Il est également possible de sommer, par la voie législative, les fournisseurs d'accès de bloquer une série de sites indésirables contenus dans une liste noire établie par les pouvoirs publics, avant de faire transiter la connexion vers leurs clients. Quel que soit le moyen, le résultat sera le même : l'utilisateur ne pourra pas accéder au contenu interdit par son droit local.

99. Médiatiquement, c'est la Chine qui est réputée pour la mise en place de ces dispositifs de régionalisation d'Internet. Mais elle n'est pas la seule : l'Inde, la Lybie et la Thaïlande ont également posé des frontières virtuelles similaires. Récemment, la France a rejoint ces États, avec l'adoption de la loi LOPPSI II, qui oblige les FAI à bloquer l'accès aux sites soupçonnés de pédopornographie.⁹³

100. A travers cette territorialisation étatique, on peut entrevoir une possible piste de solution pour notre domaine. Si l'on peut faire bloquer un site litigieux à chacun de ses lieux de destination sans pour autant déranger son fournisseur de contenu, les problèmes dus à l'ubiquité du réseau et de confrontation de valeurs étatiques seraient résolus. De plus, ce filtrage étant de nature publique, le coût de cette régulation serait supporté par les États, et non par les fournisseurs de contenu eux-mêmes comme c'est le cas dans le schéma privé actuel, décrit ci-après.⁹⁴ Mais s'il

⁹² Pour des ouvrages traitant de cette problématique de droit public de façon approfondie, voir RONALD DEIBERT / JOHN PALFREY / RAFAL ROHOZINSKI / JOHNATHAN ZITTRAIN (eds.), *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge 2008; HENRIK SPANG-HANSEN, *Cyberspace & International Law on Jurisdiction*, *op. cit.*. En outre, voir l'exemple de la Chine comme présenté dans JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, *op. cit.*, p. 87ss.

⁹³ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II). L'art. 4 de la loi prévoit l'obligation pour les FAI de bloquer les sites pédopornographique selon une liste fournie par les autorités. De façon intéressante, son article 226-4-1 prévoit également l'interdiction d'usurper une identité, un pseudonyme ou une IP. Ce dernier élément pourrait avoir des retombées sur la fiabilité des techniques privées de filtrage (voir *infra* p. 44). Pour plus de détails sur cette loi, voir MYRIAM QUÉMÉNER, La loi num. 201-267 du 14 Mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) au regard des nouvelles technologies, *Comm. com. électr.* (Mai 2011), p. 7.

⁹⁴ Considérant cette solution, voir GREGORY S. COOPER, *A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, 8 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y, p.2ss, spec. sec. III, pars. 8-11;

peut incarner une solution, ce mode de territorialisation peut être soumis à de profondes controverses sur la censure étatique et le respect des droits fondamentaux. On peut craindre que ce filtrage soit inefficace et dangereux : inefficace car trop lent pour répondre au besoin constant de filtrer de nouveaux sites, et dangereux car apte à bloquer des sites innocents ou indésirables du seul point de vue politique de l'État en question. Nous n'entrerons pas plus en détail sur ce débat, qui sort du cadre du droit international privé *stricto sensu*. Mais il reste d'importance grandissante, et ne doit pas être ignoré.

101. La deuxième source de territorialisation vient du secteur privé. Celle-ci s'opère au niveau du site Internet du fournisseur de contenu lorsqu'il est consulté par un usager et permet d'identifier la location géographique de ce dernier. Les moyens techniques déployés à cette fin, qui sont collectivement désignés par le terme « outils de géolocalisation », sont pluriels. Après une description de ces moyens et de leur fonction, nous concentrerons notre propos sur le plus populaire et le plus fiable de ces moyens, soit la géolocalisation par IP.⁹⁵

B) Les différents types de géolocalisation

102. Dû au développement et à la popularisation des outils de géolocalisation, tout usager d'Internet communique presque constamment sa localisation géographique à un fournisseur de contenu ; souvent sans même qu'il ne s'en rende compte. On peut identifier trois principales méthodes de géolocalisation : celle fondée sur l'identification de l'IP, celle fondée sur la triangulation de données GPS et Wifi, et celle employant des moyens détournés pour identifier les usagers.

1) La géolocalisation par identification de l'IP

103. Le célèbre moteur de recherche Google propose des variations nationales de son service, adaptées aux langues et aux besoins des juridictions qui le consultent. Pour diriger l'utilisateur sur sa version régionale, la société dispose d'une panoplie de noms de domaines différents, affixés de ccTLD permettant à l'utilisateur de vite retrouver « son » Google : <<http://www.google.ch>>⁹⁶ pour Google Suisse, <<http://www.google.fr>> pour Google France, ou encore <<http://www.google.de>> pour Google Allemagne. Ce florilège de sites régionaux est déjà, en lui-même, une forme de tri géographique de l'utilisateur. Mais il reste indirect car il dépend de la bonne volonté de l'internaute qui entre lui-même l'adresse dans son navigateur.⁹⁷

HORACIA MUIR-WATT, Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?, 23 Mich. J. Int'l L. (2003), p. 673ss, spec. p. 692-695; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, 19 Eur. J. Int'l L. (2008), p. 799ss, spec. p. 821-828.

⁹⁵ Pour une présentation complète de cet aspect de la matière, voir DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 320-352.

⁹⁶ Pour tous les liens trouvés dans le texte de cette section, la dernière visite date du 17.09.13.

⁹⁷ Un usager situé en Suisse peut ainsi facilement faire une recherche comme s'il était situé en Allemagne, en utilisant <<http://www.google.de>> et en spécifiant la langue du site en Allemand.

104. La localisation qui nous intéresse intervient lorsque l'on accède au moteur de recherche via l'URL <<http://www.google.com>>. Celle-ci est l'adresse générale du site, comme en témoigne l'utilisation d'un gTLD, et n'a pas d'appartenance géographique propre. Lorsque l'on entre cette URL dans son navigateur, le site détecte la localisation de l'utilisateur, et s'affiche automatiquement dans une langue appropriée pour lui. Ses résultats de recherche seront également triés comme s'il accédait à sa version locale du moteur de recherche.

105. Un autre exemple pratique de cette géolocalisation est celui de l'édition en ligne du *Wall Street Journal*. Lorsque l'utilisateur entre l'adresse de son site principal dans son navigateur, soit <<http://www.wsj.com>>, son identité géographique sera captée par le site, et il sera automatiquement dirigé vers une édition régionalement appropriée du journal. En l'occurrence, un utilisateur situé en Suisse se verra amené sur son portail européen, à savoir <<http://europe.wsj.com>>.⁹⁸

106. Si Google et WSJ.com ont pu détecter l'État d'appel de l'utilisateur sans aucune information de sa part, c'est par l'emploi d'une technologie de géolocalisation fondée sur l'adresse IP. Développée depuis 1999, elle permet une identification instantanée, automatique, et quasiment invisible pour l'internaute. Elle ne requiert pas son consentement pour opérer. Elle est déployée par un nombre important de fournisseurs de contenu, et incarne aujourd'hui le moyen principal d'identification employé par les fournisseurs de contenu.⁹⁹ Quant à sa précision, elle permet d'identifier l'État d'appel, et souvent la ville.¹⁰⁰

2) La géolocalisation par triangulation GPS et WiFi

107. Un deuxième type de géolocalisation technique, développé spécifiquement pour faire face au développement croissant de l'accès à Internet par la téléphonie mobile, permet aux fournisseurs de contenu de connaître de façon précise l'emplacement de leurs visiteurs.

108. Cette technologie est encore en développement.¹⁰¹ Mais plusieurs sites l'emploient déjà pour servir des services localisés. C'est par exemple le cas du service de photos Flickr Maps.¹⁰² Celui-ci se présente par une carte du monde permettant de retrouver des photos prises dans le lieu spécifié par l'utilisateur. S'il désire consulter des photos proches de sa location actuelle, ce dernier peut cliquer sur le bouton « *Find*

⁹⁸ Le site laisse cependant l'option à l'utilisateur de consulter les autres versions régionales. Cela n'est cependant possible que parce que la société d'édition qui l'a créé le site a expressément laissé cette option.

⁹⁹ KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, 21 Alb. L. J. Sci. & Tech. (2011), p. 61ss, spec. p. 67-70; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 321-324.

¹⁰⁰ La précision annoncée de ces services peut néanmoins être discutée, à ce sujet voir *infra* p. 42ss.

¹⁰¹ A l'heure où ces lignes sont écrites, les spécifications précises de cette technologie de géolocalisation ne sont pas encore finalisées. Les travaux du *Geolocation Working Group* dédié à son développement, ainsi que la dernière version des spécifications de ce code peuvent être trouvés à l'adresse suivante : <<http://www.w3.org/2008/geolocation/>>.

¹⁰² <<http://www.flickr.com/map/>>.

My Location ». ¹⁰³ Cela lancera le processus de géolocalisation, et une fenêtre s'affichera sur son navigateur lui demandant s'il désire réellement communiquer son information géographique au fournisseur de contenu. S'il accepte, sa position sera déterminée par une variété de moyens.

- S'il accède à Internet avec une machine disposant d'une puce GPS, comme par exemple un smartphone, la donnée géographique sera directement communiquée par celui-ci.
- Si sa machine ne dispose pas de cette technologie, le système triangulera sa position à l'aide de l'identification des réseaux WiFi qu'il peut capter, et de la force de leur signal. D'autres données, telles que l'IP peuvent également être utilisés lors de ce processus de géolocalisation.

109. Cette technologie permet une localisation très précise, de l'ordre de la centaine de mètres. ¹⁰⁴ Cependant, elle n'agit pas de manière automatique ni invisible : comme souligné dans l'exemple ci-dessus, il faudra que l'utilisateur, à chaque fois, fournisse une autorisation expresse du partage de sa location géographique. Pour le moment, l'utilisation de cette nouvelle technologie est limitée aux fournisseurs de contenu proposant des services en lien direct avec cette géolocalisation : services permettant de trouver un cinéma près de chez soi, services de cartographie, ou encore mise à jour en temps réel de la location de l'utilisateur au sein d'un réseau social. ¹⁰⁵

3) *La géolocalisation indirecte*

110. Il existe également des moyens indirects de géolocalisation qui usent de voies détournées pour identifier les usagers. Souvent, ceux-ci sont invités à entrer d'eux-même leurs informations sur le site du fournisseur de contenu. ¹⁰⁶ C'est par exemple le cas de sites qui subordonnent l'accès de leur contenu à un abonnement ou un autre type de fourniture d'information. Par exemple, le site de l'édition en ligne du journal suisse *Le Temps* <<http://www.letemps.ch>> soumet la consultation de ses articles à une inscription, qui demande à l'utilisateur de fournir ses coordonnées personnelles. D'autres sites, avant de permettre l'accès à leur contenu, demandent à l'internaute de déclarer sa provenance géographique et de choisir parmi une pluralité de sites régionaux lequel lui est le plus approprié. C'est par exemple le cas du site de l'entreprise japonaise Nintendo <<http://www.nintendo.com>>. Sa page principale ne consiste qu'en une série de liens, chacun menant à une version régionale différente

¹⁰³ Notons que ce type de technologie ne marche qu'avec un navigateur récent, compatible avec le standard HTML 5.

¹⁰⁴ Pour plus de détails sur le fonctionnement de cette technologie, ainsi qu'une discussion de ses effets sur le droit à la vie privée, voir NICK DOTY / DEIRDRE K. MULLIGAN / ERIK WILDE, *Privacy Issues and the W3C Geolocation API*, UC Berkeley School of Information Report 2010-038 (Février 2010).

¹⁰⁵ Pour une liste exemplative de sites employant cette technologie, dernièrement mise à jour en 2010, voir <<http://npdoty.name/location/services>> (dernière visite le 17.09.13)

¹⁰⁶ Pour une présentation et une évaluation complète de ces moyens détournés, voir DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 320-345.

de son site. De façon générale, ces moyens ne sont pas considérés comme fiables, ou en tout cas pas autant que les deux moyens techniques vus ci-dessus. Cela, car ils ne dépendent que de la bonne foi de l'utilisateur, ce dernier pouvant toujours mentir.¹⁰⁷

111. Enfin, il ne faut pas oublier le potentiel de géolocalisation offert par les moyens qui n'ont aucun rapport avec Internet. L'identification par l'utilisation des données fournies par la carte de crédit de l'utilisateur lors d'une transaction, ou par l'adresse de livraison qu'il aura entrée, peuvent être des moyens indirects utiles d'identification. Mais ils restent partiels et limités à un contexte contractuel.¹⁰⁸

C) *Rôle et attrait de la géolocalisation*

112. L'omniprésence actuelle de la géolocalisation s'est produite par le jeu de son attractivité auprès des fournisseurs de contenu. Les raisons sous-tendant cette popularité peuvent être classées en trois catégories, qui identifient chacune des fonctions clés de ces technologies. Il s'agit de leurs fonctions positives, négatives, et statistiques.¹⁰⁹

1) *Fonction positive*

113. La fonction positive de la géolocalisation est exemplifiée par la pratique des sites de Google, citée plus haut. En identifiant la nationalité de l'internaute, la firme peut s'assurer de lui servir des résultats de recherche qui seront proche de ses intérêts locaux. Elle peut également lui afficher des publicités sponsorisées qui seront ciblées vers sa région. Pour sa part, l'internaute peut directement consulter le site dans une langue qu'il comprend, et accéder à des informations, des biens et des services qui lui seront utiles.

¹⁰⁷ MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 Berkeley Tech. L. J. (2001), p. 1345ss, spec. p. 1391-1392 (dans le contexte contractuel); JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, *op. cit.*, p. 59-60; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁰⁸ MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1399-1400; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 343-345.

¹⁰⁹ Pour des présentations rejoignant la notre, voir MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1393-1395; JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, *op. cit.*, p. 58-63; KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, *op. cit.*, p. 69 et 73-78; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 319-320. Dans une optique plus publicitaire, voir également MaxMind Inc, *IP Location and GeoIP Explained*. Disponible à l'adresse suivante: <<http://www.maxmind.com/app/ip-location-explained>>, ainsi que Neustar, *Going Global with Geolocation*, p. 10-12. Ce dernier document est disponible à l'adresse suivante: <<http://www.neustar.biz/enterprise/docs/whitepapers/ip-intelligence/ipintel-wp-going-global-eng.pdf>>, (dernière visite de ces liens le 12.06.12).

114. L'emploi de la géolocalisation sert donc un double emploi bénéfique : l'utilisateur a accès à des informations utiles qui touchent à son quotidien, et le fournisseur de contenu s'assure de sa fidélité, ainsi que de la valeur des offres qu'il lui propose. Cette fonction positivement discriminative est un fort argument commercial en faveur de son emploi.

2) *Fonction négative*

115. La fonction négative de la géolocalisation permet aux fournisseurs de contenu de bloquer l'accès aux visiteurs émanant d'États jugés indésirables. Cela sera pratique lorsque le contenu en question est licite en un lieu, et illicite ailleurs. Cette fonction négative est principalement employée par des portails de consultation audio et vidéo dans le but d'éviter des problèmes au niveau des droits de propriété intellectuelle. Par exemple, le site Hulu,¹¹⁰ qui propose un choix étendu de programmes vidéo consultables gratuitement n'est utilisable que par les usagers américains. Si un usager étranger tente d'accéder au site, une notice s'affichera et le préviendra que l'accès au contenu lui sera impossible. S'il tente malgré tout de consulter une vidéo, il n'aura droit qu'à un écran noir.

116. Cette fonction négative permet aux fournisseurs de contenu d'avoir un contrôle géographique de leur publication et d'éviter les problèmes liés aux différences légales entre les pays. C'est elle que l'on désigne lorsque l'on parle de processus de « filtrage » de visiteurs par un site.

3) *Fonction statistique*

117. Enfin, la géolocalisation a une fonction statistique. Elle permet de savoir sur une durée donnée qui a consulté un site et de quel lieu cette consultation s'est faite. Le fournisseur de contenu peut dès lors connaître la répartition géographique de son public, et de disposer d'une « mosaïque » de sa publication, analogue aux chiffres obtenus en matière de distribution physique d'un journal.

D) *Enjeux pour notre problématique*

118. La combinaison de ces trois facteurs sous-tend le considérable enjeu lié à ces techniques de géolocalisation. S'il est possible de poser des frontières stables au réseau, permettant aux fournisseurs de contenu de contrôler la portée géographique de leur site, d'adapter leur contenu selon le lieu de consultation, et de filtrer l'accès aux visiteurs indésirables, alors les arguments fondés sur l'exceptionnalité d'Internet ne nous seront plus d'une grande importance. Les règles existantes de droit international privé pourront alors saisir, *mutatis mutandis*, la réalité de ce réseau désormais happé par la territorialité. Mais, à l'inverse, si la géolocalisation n'est pas entièrement satisfaisants, il nous faudra reconnaître qu'Internet conserve certains de

¹¹⁰ <<http://www.hulu.com>> (dernière visite le 17.09.13).

ses aspects caractéristiques. Cela nous invitera à réfléchir sur la place et la valeur que nous attribuerons à ces méthodes au sein de notre réflexion.

119. Dans la suite de cette section, nous nous proposons de décrire en détail l'identification par la voie de l'IP, qui est actuellement le moyen de géolocalisation le plus fiable, le plus accessible et le plus employé. Nous expliquerons son fonctionnement, et discuterons de sa disponibilité, de son coût et de sa fiabilité. Nous toucherons également quelques mots sur le futur de ce système, et notamment de son rapport avec l'arrivée du nouvel adressage IPv6.

120. Nous ne traiterons pas en détail de la localisation par voie de GPS et de WiFi, qui nous apparaît comme peu importante pour notre problématique. Reposant sur une acceptation explicite de la part de l'utilisateur, elle n'a en pratique qu'une fonction de discrimination géographique positive et ponctuelle. Son emploi, pour l'instant, ne se fait que dans ce type de contexte : fournitures de services de cartes localisées, d'annuaires régionaux, ou des services météorologiques. En tant qu'outil de filtrage, ou de statistique, elles nous apparaissent d'emblée comme inefficaces.¹¹¹ Nous n'entrerons pas non plus dans les détails de la géolocalisation indirecte. En dehors du domaine contractuel, celles-ci ne sont pas fiables, car dépendantes des informations entrées par les usagers.

121. Ces deux derniers types d'identification seront brièvement repris dans notre conclusion, où nous montrerons en quoi ils pourront néanmoins nous être utiles.

§ II. L'identification géographique par la voie de l'IP

A) *Notion et fonctionnement*

122. Précédemment, nous avons énoncé que la seule trace que laisse une machine connectée sur Internet est l'*Internet Protocol (IP)*. A cause de l'imprécision des registres de l'IANA et des associations régionales, ainsi que de la volatilité temporelle de son attribution, cette information n'est pas à elle seule un moyen fiable de déduire sa location géographique.¹¹²

123. Les techniques d'identification géographique par IP sont le fruit d'acteurs privés, le plus souvent des entreprises, qui ont construit des bases de données regroupant et catégorisant le plus précisément possible la multitude d'IP existantes. Leur fonction est de lier à chacune de ces IP l'État et la ville d'appel les plus

¹¹¹ Le site du service de géolocalisation IP2Location montre la distinction matérielle entre la géolocalisation par l'IP, et celle permise par ce nouvel outil. Il souligne que, à cause de l'exigence de ce consentement, la géolocalisation par GPS n'est pas un outil fiable de statistique globale. Voir IP2Location, Wireless Geolocation (HTML 5 Geolocation API) vs. IP Geolocation <<http://www.ip2location.com/html5geolocationapi.aspx>> (dernière visite le 18.09.13).

¹¹² Par IP, nous entendons ici l'IPv4, qui est la version actuelle de cet outil. Pour notre description de l'IP et de sa fonction d'identification, voir *supra* p. 21ss. Pour des développements en rapport avec la future IPv6, voir *infra* p. 46ss.

probables, en fonction de leur répartition au sein des blocs régionaux et en fonction des habitudes d'assignation par les fournisseurs d'accès.

124. L'élaboration de ces bases de données requiert un effort conséquent. Elle passe par une recherche extensive d'informations, qui inclut l'analyse des registres officiels de répartition. Elle demande également une surveillance constante de l'infrastructure d'Internet, des aléas de ses connexions et de ses déconnexions, ainsi que des assignations IP faites quotidiennement de la part des fournisseurs d'accès. Ces bases de données représentent donc un investissement considérable et constant, si l'on cherche à relier avec précision quelle IP a été assignée à quel lieu à un moment donné.¹¹³

125. Du point de vue de l'utilisateur, leur fonctionnement est quasiment invisible. Lorsqu'il entre l'adresse du site qu'il désire consulter, son adresse IP sera immédiatement captée par ce site. Elle sera transmise à la base de données du service d'identification choisi par l'exploitant du site. Une fois interrogée, cette base lui donnera la localisation géographique du visiteur. Avec cette information, le site pourra dès lors ajouter cette occurrence à ses statistiques, adapter son contenu aux goûts locaux du visiteur ou encore lui en refuser l'accès. L'opération prend au plus quelques fractions de secondes, et n'apparaît aucunement à l'écran de l'utilisateur.¹¹⁴

126. La précision de cette localisation dépend de l'exactitude de la base de données mise à disposition par les entreprises spécialisées dans le développement de ces technologies. Ces dernières sont nombreuses, et varient grandement tant dans le coût de leurs services que dans l'étendue et la qualité de ceux-ci. La section suivante, qui propose un tour de ces entreprises, permettra au lecteur de mieux cerner les options ouvertes aux fournisseurs de contenu.

B) Les services d'identification

127. On peut découper les services disponibles en trois catégories. Les services haut de gamme, onéreux mais précis, et disposant d'outils connexes de développement web. Les services de milieu de gamme, qui sont plus modestes et qui n'offrent qu'une fonction statistique. Enfin, les services gratuits, qui n'offrent aucune garantie de précision mais qui peuvent servir de couverture basique pour l'éditeur individuel.

1) Haut de gamme

128. En haut du panier se trouvent les grandes entreprises de développement Web, qui offrent un service étendu d'identification ainsi que d'autres services connexes

¹¹³ MaxMind Inc, IP Location and GeoIP Explained, <<http://www.maxmind.com/app/ip-location-explained>>; Neustar, Going Global with Geolocation, <<http://www.neustar.biz/enterprise/docs/whitepapers/ip-intelligence/ipintel-wp-going-global-eng.pdf>>, p. 5-6 (dernière visite le 18.09.13).

¹¹⁴ MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1396-1398; KEVIN F. KING, Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies, *op. cit.*, p. 66-69; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 323-324.

permettant de moduler le site en fonction du résultat de cette identification. Ces entreprises proposent leurs services pour des tarifs allant de 6000 \$ à 50 000 \$ à l'année.¹¹⁵

129. Dans cette catégorie, on peut trouver Quova,¹¹⁶ dont la technologie est par exemple employée pour localiser les visiteurs sur Facebook ou sur le site de la BBC.¹¹⁷ Leurs services comprennent une identification statistique des visiteurs jusqu'au niveau de leur ville, et permet également de relever leur type de connexion ainsi que leur latitude et longitude. Enfin, leur service le plus onéreux propose une reconnaissance tentative des visiteurs utilisant une IP factice pour masquer leur provenance géographique réelle.¹¹⁸ On trouve également Akamai,¹¹⁹ qui propose l'identification des visiteurs, mais également toute une suite de services permettant d'améliorer la fiabilité, la stabilité et la flexibilité d'une plate-forme Internet.¹²⁰ Enfin, on peut encore mentionner Geobytes, qui propose une solution d'identification et de statistiques jusqu'au niveau de la ville. Elle offre en outre des environnements de programmation connexes, qui permettent au fournisseur de contenu de modifier tous les aspects d'un site Internet en fonction de la provenance du visiteur qui le consulte.¹²¹

2) Milieu de gamme

130. Le milieu de gamme est occupé par des services plus modestes, qui n'offrent qu'une identification statistique.¹²² La société MaxMind propose une identification au niveau du pays et, pour certains d'entre eux, au niveau de la ville. Elle vend également de bases de données diverses afin de déterminer le fournisseur de service ou la rapidité de la connexion des visiteurs. Leurs tarifs vont de 50\$ par site, jusqu'à 500\$ à l'année environ, si l'on souhaite une mise à jour régulière du service.¹²³ Un autre exemple est celui d'IpLigence, qui est employé par les sites des sociétés UBS et Opera.¹²⁴ Son service le plus avancé permet une reconnaissance géographique jusqu'au niveau de la ville pour la somme de 199\$ à l'année.¹²⁵

¹¹⁵ KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, *op. cit.*, p. 72, YUVAL SHAVITT / NOA ZILBERMAN, *A study of Geolocation Databases*, <<http://arxiv.org/abs/1005.5674v3>> (2010), p. 3 (dernière visite le 12.06.12).

¹¹⁶ <<http://www.quova.com>> (pour tous les liens de cette section, la date de la dernière visite est le 12.06.12).

¹¹⁷ <<http://www.quova.com/who/>>

¹¹⁸ <<http://www.quova.com/what/data-fields/>>

¹¹⁹ <<http://www.akamai.fr>>

¹²⁰ <<http://www.akamai.fr/enfr/html/solutions/index.html>>

¹²¹ <<http://www.geobytes.com/Default.htm>>

¹²² YUVAL SHAVITT / NOA ZILBERMAN, *A study of Geolocation Databases*, *op. cit.*, p. 3.

¹²³ <<http://www.maxmind.com/app/country>>

¹²⁴ <<http://www.ipligence.com>>

¹²⁵ <<http://www.ipligence.com/products>>

3) Solutions gratuites

131. Si l'on dispose d'un site de petite envergure, plusieurs services d'identification gratuits sont à disposition.¹²⁶ En premier lieu, certaines des entreprises présentées ci-dessus offrent gratuitement des versions tronquées de leurs prestations. C'est le cas de MaxMind, qui propose une gamme de solutions moins précises et mises à jour moins régulièrement que leurs solutions payantes. En contrepartie, elles sont pleinement gratuites.¹²⁷ Même cas de figure pour IpLigence, qui met à libre disposition une version allégée de sa base de données. Celle-ci ne permet cependant la reconnaissance qu'au niveau du pays, et n'a aucune garantie de précision.¹²⁸

132. Geobytes offre également certaines de leurs prestations gratuitement, comme la possibilité de consulter leur base de données de manière ponctuelle,¹²⁹ ou la mise à disposition de scripts permettant d'adapter en temps réel son site selon la nationalité du visiteur.¹³⁰ Mais la gratuité de ces services n'est pas entière, et, par exemple leur base de données n'est consultable qu'à hauteur de 20 visites par heure sans paiement additionnel. Leurs scripts, pareillement, sont rémunérés par de la publicité venant s'afficher conjointement au site les utilisant.

133. Il existe aussi quelques plates-formes d'identification gratuites et indépendantes, à disposition de tout fournisseur de contenu. En règle générale, elles ne permettent qu'une identification statistique au niveau du pays, et aucun autre service. Leur taux de précision est également incertain. Par exemple, Hostip.info est un projet communautaire visant à établir une base de données d'identification gratuite et ouverte à tous. La seule condition pour son inscription est de contribuer l'inscription de son IP et de sa ville à la base de données.¹³¹ D'autres bases de données gratuites existent, comme Wipmania¹³² ou Geoplugin.¹³³ Enfin, il faut relever que certains hébergeurs du type web 2.0, qui mettent gratuitement une plate-forme blog à disposition de leurs usagers comprennent dans leur offre un service gratuit de statistiques. C'est notamment le cas de WordPress¹³⁴ et de Blogger¹³⁵, les deux plus gros acteurs de ce marché. Cependant, ces outils sont rudimentaires, et n'offrent pas d'informations sur la location géographique des visiteurs.

¹²⁶ YUVAL SHAVITT / NOA ZILBERMAN, A study of Geolocation Databases, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁷ Voir <<http://www.maxmind.com/app/geolitecountry>> et <<http://www.maxmind.com/app/geolitecity>>

¹²⁸ <<http://www.ipligence.com/free-ip-database>>

¹²⁹ <<http://www.geobytes.com/IpLocator.htm>>

¹³⁰ <<http://www.geobytes.com/GeoDirection.htm>>

¹³¹ <<http://www.hostip.info>>

¹³² <<http://www.wipmania.com>>

¹³³ <<http://www.geoplugin.com>>

¹³⁴ <<http://en.wordpress.com/features/>>

¹³⁵ <<http://www.blogger.com>>

4) *La géolocalisation ouverte à tous ?*

134. De ce tour des services d'identification, nous retenons qu'il existe des solutions adaptées à tous les types de sites, et à tous les types de fournisseurs de contenus. Qu'il s'agisse d'une multinationale comme UBS ou un auteur individuel, il existe toujours une solution de filtrage adaptée à son budget.

135. Néanmoins, la portée et la précision des services varient avec le coût. Les fournisseurs de contenu plus modestes, en particulier, n'auront à leur disposition que des outils de type statistiques, dont la fiabilité n'est pas garantie. Ils n'auront vraisemblablement pas de moyens de bloquer précisément des accès ni de faire varier leur contenu selon la juridiction d'appel.

C) *Fiabilité*

136. L'aspect le plus important d'un service d'identification est sa fiabilité. Afin que le fournisseur de contenu puisse structurer son site de manière cohérente, il doit pouvoir compter sur l'exactitude de ses statistiques. Si elles ne sont pas fiables, le fournisseur court le risque de voir son site accédé par des internautes qu'il a exclu, ou inversement d'exclure des visiteurs qu'il aurait souhaité conserver. De plus, une statistique imprécise de ses consultations ne lui permettrait pas de déterminer quel est le public géographique qui a le plus accédé son contenu, ni de chiffrer le nombre de lecteurs émanant de chaque État.¹³⁶

137. La précision de ces technologies est donc le point sensible de la compétition entre les entreprises proposant ce type de service. Chacune d'entre elles se vante de son taux de précision à des fins publicitaires : Quova se targue d'un taux de précision de 99.9% au niveau de l'identification du pays, et de 99,8% au niveau de la ville du visiteur ; des chiffres contrôlés par un organe d'audit indépendant.¹³⁷ Akamai, pareillement, a mandé à la firme Gomez.Inc un audit indépendant, qui a placé le taux d'exactitude de leurs services d'identification à 97.22% au niveau international, et 100% au niveau des États américains.¹³⁸ La société Maxmind, elle, avance des chiffres montant jusqu'à 99.8% d'exactitude au niveau de la détermination du pays. Au niveau de la ville, ses taux sont variables, allant de 45% à 90%, selon le pays d'appel.¹³⁹

138. Ces chiffres élevés doivent être remis en perspective. Le processus employé pour les atteindre est notablement obscur, car il est impossible de les vérifier de

¹³⁶ Voir p. ex. la discussion dans DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 329-331

¹³⁷ <<http://www.marketwired.com/press-release/pricewaterhousecoopers-pwc-completes-annual-audit-of-quova-ip-geolocation-data-1233911.htm>>

¹³⁸ <http://www.akamai.fr/enfr/html/about/press/releases/2009/fr/press_081009.html>

¹³⁹ <http://www.maxmind.com/app/city_accuracy>

manière indépendante.¹⁴⁰ Deux arguments nous amènent à penser que cette précision annoncée doit être prise avec un peu de recul. En premier lieu, une étude récente montre que ces bases de données sont généralement moins fiables que prévu. En second lieu, ces chiffres ignorent volontairement les larges possibilités offertes aux internautes pour modifier leur IP, et d'ainsi court-circuiter l'entier du processus d'identification.¹⁴¹

1) *Imprécision inhérente à l'identification de l'adresse IP*

139. Malgré les efforts consentis par ces entreprises, il reste qu'identifier la localisation d'une IP n'est pas aussi facile qu'identifier un numéro de téléphone ou une adresse. A cause de l'incohérence dans son mode de répartition mondiale, des lacunes informationnelles dans les bases de données officielles, et de la volatilité de son attribution sur le plan temporel, ce processus contient de façon inhérente une certaine part d'imprécision.¹⁴²

140. En 2010, deux chercheurs de l'Université de Tel-Aviv ont conduit une étude visant à déterminer le taux de précision réel des principaux services d'identification. Dans leurs tests figuraient tant des services haut de gamme comme Geobytes que des services gratuits, et contrastait les résultats obtenus par chacun d'entre eux.¹⁴³

¹⁴⁰ BENJAMIN EDELMAN, Shortcomings and Challenges in the Restriction of Internet Retransmissions of Over-the-air Television Content to Canadian Internet Users, *op. cit.*, p. 6; YUVAL SHAVITT / NOA ZILBERMAN, A study of Geolocation Databases, *op. cit.*, p. 3-4, DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 324-325.

¹⁴¹ De façon générale, voir JACK GOLDSMITH / TIM WU, Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world, *op. cit.*, p. 62. Voir aussi l'expertise faite à ce sujet dans l'affaire française *Yahoo : Tribunal de Grande Instance de Paris*, 20.11.00, LICRA et UEJF c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France. Pour une description du rôle du filtrage dans cette affaire, voir *infra* p. 150ss.

¹⁴² Pour les raisons sous-tendant cette imprécision, voir notre description des caractéristiques de l'IP en tant que marque identificatrice en *supra* p. 22-23 ainsi que les notes y afférentes.

¹⁴³ YUVAL SHAVITT / NOA ZILBERMAN, A study of Geolocation Databases, *op. cit.*, p. 4-6.

141. Pour une majorité de cas, ils trouvèrent des résultats cohérents au travers des différentes bases de données. Mais de larges différences apparurent également, quelquefois dans la rangée des 500km aux 5000km d'erreur.¹⁴⁴ Certaines bases de données n'étaient de plus pas très cohérentes en elles-mêmes, et donnaient des résultats à plusieurs centaines de kilomètres de variation pour un bouquet d'IP assignées à la même machine.¹⁴⁵ Enfin, le service gratuit HostIp.info, n'a pas pu fournir de réponse à 64% des IP soumises, et beaucoup de ses résultats étaient très éloignés de ceux obtenus par les autres bases.¹⁴⁶ Les chercheurs conclurent que la vaste majorité des résultats étaient corrects, mais que la présence d'erreurs grossières traduisait l'état encore lacunaire de la technologie. Cette marge d'imprécision, encore bien existante, nécessitait de prendre les données obtenues par ces processus d'identification avec un grain de sel.¹⁴⁷

2) *Imprécision due à aux IP mensongères*

142. L'identification d'une IP ne peut être correcte que si l'IP elle-même désigne correctement sa connexion. Or, il est facile pour un usager de changer l'IP qu'il communique aux serveurs qu'il visite, chose qui n'est pas prise en compte par la majorité des services d'identification. Nous mentionnerons ici deux moyens d'usurpation d'IP : l'utilisation d'un proxy, et l'emploi de programmes de « tunnels » du type VPN.

143. Un proxy est un serveur qui s'intercale entre la machine de l'utilisateur et le reste d'Internet, et qui agit comme un « portail » décentralisé pour lui. Par exemple, un internaute suisse, s'il désire surfer avec une IP américaine, se connectera à un serveur de proxy américain. Lorsqu'il tentera d'accéder à un site, sa tentative d'accès sera envoyée à son proxy américain, qui effectuera cette requête auprès du serveur concerné, et renverra les informations à la machine suisse. Le site consulté ne verra qu'une connexion de la part d'une machine américaine, et ne pourra pas savoir que son contenu sera envoyé en Suisse. Par ce stratagème, les proxys permettent de se défaire de la marque de l'IP, et de consulter Internet de façon pleinement anonyme.¹⁴⁸ Leur emploi est aisé et de nombreux sites, payants ou non, permettent un service de proxy, disponible directement via le navigateur Internet à tout usager du réseau.¹⁴⁹ A cause de leur existence, aucune donnée n'est véritablement « hors limite » pour un internaute informé : s'il désire accéder à un site qui lui est

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 7-8.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 11-12.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴⁸ BENJAMIN EDELMAN, Shortcomings and Challenges in the Restriction of Internet Retransmissions of Over-the-air Television Content to Canadian Internet Users, *op. cit.*, p. 8-9, HENRIK SPANG-HANSEN, Cyberspace & International Law on Jurisdiction, *op. cit.*, p. 53-55.

¹⁴⁹ Pour une liste non exhaustive de sites gratuits permettant de consulter Internet anonymement, voir <<http://www.thefreecountry.com/security/anonymous.shtml>> (dernière visite le 12.06.12).

géographiquement interdit, il n'aura qu'à utiliser cette méthode pour passer au-delà de l'identification technique.

144. Similairement, le *tunneling* permis par la technologie VPN, souvent employée dans les milieux commerciaux et universitaires, a comme effet d'assigner une adresse IP incorrecte à une connexion.¹⁵⁰ Décrit brièvement, le VPN permet à un usager d'Internet de s'inclure à un réseau local éloigné, également sur Internet, et de l'employer comme s'il y était connecté.

145. Le VPN est par exemple utilisé dans le système d'accès à distance des services informatiques de l'Université de Genève, qui permettent aux étudiants et aux chercheurs de consulter plusieurs bases de données juridiques, telles que Westlaw International ou LexisNexis.¹⁵¹ Les serveurs de ces derniers sites sont configurés pour autoriser l'accès aux machines dont l'IP est située dans le parc informatique de l'Université, et rejeter celles non inscrites dans leur registre. Si l'on désire consulter ces bases de données depuis un poste personnel, il faut employer un client VPN, qui va se connecter au réseau genevois.¹⁵² Après vérification de l'identifiant institutionnel et du mot de passe y associé, le programme ajoutera virtuellement le poste personnel au réseau interne de l'Université et lui « prêtera » l'IP genevoise de celui-ci. Ainsi, même s'il se situe à l'étranger, tous les sites que l'utilisateur visitera recevront une IP pointant vers l'Université de Genève, ce qui permet ainsi l'accès à ces bases de données.

146. En résumé, l'usage tant des proxys que des réseaux VPN remet en question la précision des techniques d'identification et de filtrage. A cause de l'aisance avec laquelle on peut les tromper, elles laisseront toujours aux fournisseurs de contenu une certaine part d'incertitude.

3) Conclusion : une fiabilité encore imparfaite

147. Il nous apparaît que même si les services d'identification par IP restent généralement fiables, en tout cas au niveau de la détermination de l'État d'appel d'un usager, ils n'offrent pas encore des résultats parfaits.

148. Quant à leur impact sur la problématique de ce travail, nous estimons que s'ils peuvent permettre à un fournisseur de contenu d'avoir une idée assez précise de la répartition géographique de ses lecteurs, ces chiffres ne devront pas pour autant être traités comme des vérités absolues et devront être appréciés avec un peu de recul.

¹⁵⁰ BENJAMIN EDELMAN, Shortcomings and Challenges in the Restriction of Internet Retransmissions of Over-the-air Television Content to Canadian Internet Users, *op. cit.*, p. 9-10. Pour une présentation extensive de la technologie VPN, voir VICTOR OLIFER, Different Flavours of VPN: Technology and Applications, <<https://www.ja.net/sites/default/files/Different%20Flavours%20of%20VPN%20Technology%20and%20Applications.pdf>> (dernière visite le 13.06.12).

¹⁵¹ Pour une liste de ces bases de données et de leurs conditions d'accès, voir <<http://www.unige.ch/biblio/plus/ressources/rep2.php?form=bib&onglet=sujets&requete=BFD1#NB>> (dernière visite le 13.06.12).

¹⁵² Pour les informations concernant l'accès VPN de l'Université, voir <<https://catalogue-si.unige.ch/49>> (dernière visite le 13.06.12).

Cette imperfection se répercute également sur la fonction négative de ces technologies : même avec leur emploi, il sera impossible pour un site d'éviter complètement que son contenu soit consulté au sein d'une juridiction donnée. Finalement, il n'est pas garanti que la fiabilité de ces technologies s'accroisse dans un futur proche. Quelques doutes à ce sujet sont soulevés à cause du processus actuel du changement du système d'IP, qui sera l'objet de la section suivante.

D) *L'IPv6 et le futur de la géolocalisation par IP*

149. A l'heure où ces lignes sont écrites, Internet fait face à une profonde transition de sa structure technique. De l'IPv4, que nous avons présentée dans notre partie descriptive, et qui régit encore la majorité des connexions, le réseau est en train de progressivement transiter vers un nouveau système d'adressage, nommé l'IPv6. Nous le présenterons ici brièvement, et en soulignerons les principales différences avec le système actuel. Nous nous interrogerons ensuite sur ses effets sur la géolocalisation par IP.

1) *Notion*

150. Nous avons vu plus haut que l'IPv4 peut être considérée comme une « adresse » technique, qui permet d'identifier plus de quatre milliards de connexions différentes présentes simultanément sur Internet.¹⁵³ A l'époque du développement du réseau, on pensait que cela allait être suffisant pour accommoder l'entier du réseau.

151. L'incroyable boom du monde digital aidant, les limites de l'adressage IPv4 sont désormais atteintes. Vers le début de l'année 2011, l'entier des IP actuelles, de 0.0.0.0. à 255.255.255.255, était déjà assigné à une connexion, ce qui ne laissait plus de place pour le développement futur. Sans nouvelles IP, il était impossible de donner de nouvelles connexions aux fournisseurs d'accès, et donc impossible de connecter plus d'utilisateurs, qu'il s'agisse des privés ou des professionnels. La situation était périlleuse, et un rapport de consultation mandé à l'époque par la Commission Européenne estima qu'un blocage fonctionnel d'Internet pouvait être une réalité dès la fin de cette même année en Europe, voire avant dans les autres continents.¹⁵⁴ La solution était la migration à un nouveau protocole d'adressage, l'IPv6.

152. L'IPv6 permet la connexion simultanée d'un nombre bien supérieur de machines.¹⁵⁵ Alors que l'IPv4 s'exprimait à l'aide d'un adressage 32 bits, l'IPv6 utilise

¹⁵³ Voir *supra* p. 21ss.

¹⁵⁴ GNKS Consult / TNO, 09.02.11, Whitepaper, IPv6 Deployment: the unavoidable next step, p. 2-3. Voir également le site du projet européen de migration de l'IPv4 à l'IPv6, disponible à l'adresse suivante <http://ec.europa.eu/information_society/policy/ipv6/index_en.htm> ainsi qu'un site comptant en temps réel l'épuisement de l'IPv4, à l'adresse suivante : <http://inetcore.com/project/ipv4ec/index_en.html> (dernières visites le 30.06.1).

¹⁵⁵ Pour une présentation globale des caractéristiques de l'IPv6, voir CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide, op. cit.*, p. 363-401. ILJITSCH VAN BEIJNUM, *Everything you need to know about IPv6,*

un adressage 128 bits, qui permet l'identification d'un nombre gigantesque de connexions différentes : 10 à la puissance de 2128, ce qui équivaut à un nombre de 340,282,366,920,938,463,463,374,607,431,768,211,456 connexions. Autant dire que le risque de remplir à nouveau le nombre complet d'IP possibles dans le futur, même lointain, sera très faible.

153. Comme ses 128 bits expriment beaucoup plus de données que les 32 bits du format précédent, son format chiffré est plus complexe, et plus difficile à lire. L'IPv6 se compose de 8 groupes de 4 chiffres hexadécimaux, disposés comme dans l'exemple suivant : 2001:0ba0:01e0:d001:0000:0000:d0f0:0010. En plus de régler le problème de l'épuisement de l'IPv4, l'IPv6 a été développée avec l'idée d'en faire un adressage plus flexible, mieux adapté à la structure d'Internet d'aujourd'hui, et plus facile à assigner et à réassigner. Elle n'apportera cependant pas de révolution technique à proprement parler.¹⁵⁶

154. Aujourd'hui, la migration à ce nouveau protocole, bien qu'encore en chantier, est déjà en partie accomplie, notamment grâce au succès d'événements comme le *IPv6 World Launch*. S'étant déroulé le 6 Juin 2012, il fut l'occasion pour une large partie de prestataires de service sur Internet, dont Yahoo !, Facebook, Cisco ou encore Akamai, de passer au nouveau protocole.¹⁵⁷

2) Effet sur la géolocalisation

155. Il est difficile de prévoir quel sera l'impact précis de l'IPv6 sur les technologies de géolocalisation par IP.

156. D'un certain point de vue, on peut penser qu'il sera plus facile de localiser et d'identifier une machine précise. Comme l'IPv6 permet l'adressage d'un nombre très élevé de connexions, il est possible que les fournisseurs d'accès n'aient plus besoin de réassigner leurs IP disponibles selon les connexions et les déconnexions de leurs clients. Chaque usager individuel se verrait attribuer une IP fixe, ce qui faciliterait l'établissement des bases de données. Un autre argument en ce sens se trouve dans la structure même de ce nouveau système. L'IPv6 fait que les 64 derniers bits d'un adressage seront déterminés par l'adresse MAC de la machine physique qui lui correspond. Cette adresse MAC étant en quelques sortes le numéro de série physique d'une machine, on peut penser qu'une adresse IPv6 contiendra d'elle-même des informations précises permettant de retrouver de connexion en connexion le matériel physique employé par les usagers du réseau.¹⁵⁸

<<http://arstechnica.com/hardware/news/2007/03/IPv6.ars/>>; The IPv6 Portal, Frequently Asked Questions, <<http://www.ipv6tf.org/index.php?page=meet/faqs>> (dernières visites le 20.06.12).

¹⁵⁶ CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 368-369.

¹⁵⁷ <<http://www.worldipv6launch.org/>> (dernière visite le 30.06.12).

¹⁵⁸ BILL FREZZA, Where's all the outrage about the IPv6 Privacy thread? *Internetweek* 783, p.43, 1/2p, 1c (1999); KEVIN F. KING, Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies, *op. cit.*, p. 119; CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 388-389.

157. D'autres arguments permettent pourtant de légitimement arriver à la conclusion inverse. La nature plus flexible de l'IPv6 permettra aux fournisseurs d'accès de réattribuer leurs IP de façon plus dynamique, ce qui rendra l'établissement des bases de données plus ardue.¹⁵⁹ De plus, le système d'adressage par l'adresse MAC ne sera pas obligatoire : il sera possible pour un usager d'utiliser un chiffre aléatoire en lieu et place de cette marque identificatoire.¹⁶⁰

158. Bref, il n'est pas garanti que le taux de précision de la géolocalisation par IP aille en s'accroissant dans le futur proche. Nous pouvons donc conclure que les imperfections actuelles de ces systèmes risquent de perdurer, et qu'elles ne sont pas de simples symptômes temporaires d'une technologie en plein essor.¹⁶¹

§ III. La géolocalisation comme remède partiel au manque de repères géographiques sur le réseau

159. La géolocalisation est un fait impossible à ignorer, et qu'il faudra considérer lors de nos développements théoriques. Mais elle n'est pas non plus une panacée, et son usage ne compense pas pour autant l'absence d'identité géographique inhérente au réseau. Pour la suite de notre travail, nous retiendrons les conclusions suivantes :

- La géolocalisation par IP est accessible à tous types de fournisseurs de contenu, et est suffisamment précise pour identifier de façon cohérente un État d'appel. Mais elle n'est pas complètement fiable, et sa qualité peut varier selon le prix et le type de service choisi. Nous retiendrons que les fournisseurs de contenu de petite et moyenne envergure n'ont accès qu'à des services de qualité moindre, avec un large taux d'imprécision et qui ne permettent souvent qu'une fonction statistique. Ils ne pourront pas filtrer les visiteurs indésirables, ni adapter leur contenu en fonction de la provenance du visiteur.

¹⁵⁹ DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 332.

¹⁶⁰ CHARLES M. KORZIEROK, *The TCP/IP Guide*, *op. cit.*, p. 388-389; Ce choix a justement été ajouté par les développeurs de l'IPv6 en réaction aux critiques lui reprochant de « fichier » les machines connectées sur Internet. Voir STEVE DEERING / BOB HINDEN, *Statement on IPv6 Address Privacy*, <<ftp://ftp.cuhk.edu.hk/pub/doc/ipng/html/ipv6-address-privacy.html>> (dernière visite le 19.09.13).

¹⁶¹ Le professeur SVANTESSON estime au contraire que ces technologies risquent fort de perdre en précision au fil du temps. Cela, à cause de la popularité croissante des proxys et des VPN vus plus haut, mais également à cause d'éléments situés en dehors du cadre purement technologique. Premièrement, des litiges en droit de la propriété intellectuelle verront les entreprises proposant ces services se battre pour breveter leurs technologies et en garder l'usage exclusif. Deuxièmement, des pressions de la part du droit de la protection des données risquent également de freiner leur développement. Voir DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 333.

- La géolocalisation indirecte, telle que la déclaration sur l'honneur à l'entrée d'un site, n'est pas un moyen fiable de déterminer la position d'un usager. Mais elle peut quand bien même témoigner de la volonté du fournisseur de contenu d'en délimiter la portée. Leur importance juridique ne doit donc pas être exclue.
- Enfin, la géolocalisation par voie de GPS et de Wi-Fi est encore trop spécialisée et ponctuelle pour nous être directement utile. Il n'est pas exclu que le futur puisse voir un jour leur adoption à des fins similaires à celle de l'identification par IP. Mais cette discussion relève, à l'heure actuelle, encore de la pure spéculation.

Chapitre 3ème : L'Angleterre

Section I Introduction

§ I. L'Angleterre, capitale du forum shopping ?

160. Plus que tout autre État, l'Angleterre est le point focal de notre matière. Cette juridiction est souvent pointée du doigt comme étant la principale terre d'accueil du *forum shopping*. Quel que soit le lien réel entre le litige et la juridiction anglaise, il suffira qu'un texte y soit accessible, notamment via Internet, pour qu'il puisse être saisi par un juge anglais et traité par le droit de fond anglais.¹⁶²

161. Pour mieux situer les enjeux de cette pratique, il nous faut ici courtement mentionner les traits saillants de ce droit de fond, qui tend à favoriser la réputation des victimes de diffamation. Selon les règles traditionnelles de *common law*, tout texte allégué comme étant diffamatoire part avec une présomption de fausseté. Seules trois moyens de défense sont laissées au défendeur:¹⁶³

- L'exception de *justification*, soit la preuve de la vérité substantielle de ses allégations.
- L'exception dite de *fair comment*, qui voit un texte disculpé s'il offre un commentaire raisonnable basé sur des faits établis, et digne d'intérêt public.
- L'exception dite de *absolute privilege*, qui protège les paroles des fonctionnaires publics, tels que les politiciens et les avocats dans l'exercice de leur fonctions. Une forme affaiblie de cette défense, la *qualified privilege*, protège les rapports et commentaires en rapport avec ces débats public.

162. Sans l'emploi approprié de l'une de ces trois défenses, le défendeur est condamné, et ce même s'il a, par hypothèse, agi par négligence.

163. A partir de 1999, l'attitude anglaise vis-à-vis de la presse s'est adoucie, avec l'arrivée d'une défense dite de *responsible journalism* qui protège les communications litigieuses jugées nécessaires pour la préservation de l'intérêt public et de la liberté

¹⁶² Pour un aperçu du contexte fortement politisé entourant cette critique, nous vous renvoyons à notre description de la forte réaction constatée suite à l'affaire Ehrenfeld, en *supra* p. 2-4.

¹⁶³ MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, 2^{ème} ed., Oxford 2005, chap. III; KYU HO YOUM, *Liberalizing British Defamation Law : A Case of Importing the First Amendment ?*, 13 *Comm. L. & Pol'y*, 2008, p. 415ss, spec. p. 421-423.

d'information.¹⁶⁴ Pour savoir si un texte tombe dans son champ d'application, cette défense fait appel à un test malléable formé par un faisceau d'indices. Ceux-ci comprennent la gravité des allégations diffamatoires, l'importance et l'urgence de l'intérêt public lié à l'information véhiculée, les précautions prises par l'éditeur pour vérifier les sources, ou encore le ton employé au sein de l'article. Cette défense a été reconnue comme un effort bienvenu de protection de la liberté d'expression mais elle a été critiquée comme trop imprévisible et complexe à l'emploi pour être réellement utile.¹⁶⁵

164. La sévérité de ce droit, combinée à une propension des cours anglaises à l'appliquer à toute diffamation de nature transfrontalière, a été reconnue comme insatisfaisante. En juillet 2008, le Comité des Droits de l'Homme épingla l'Angleterre sur le respect des garanties de liberté d'expression contenues dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹⁶⁶ Il constata que « *l'application pratique par l'État partie de la loi sur la diffamation a servi à dissuader des organes de presse critiques de rendre compte de sérieuses questions d'intérêt général, ce qui compromet la faculté pour les chercheurs et les journalistes de publier leurs travaux, notamment par le phénomène du «tourisme de la diffamation». L'avènement de l'Internet et la diffusion internationale de médias étrangers font aussi naître le risque que la législation excessivement restrictive d'un État partie en matière de diffamation porte atteinte à la liberté d'expression dans le monde entier sur des questions véritablement d'intérêt public* ». Il encouragea alors le législateur anglais à réexaminer son droit interne de la diffamation afin d'alléger le préjudice qu'il porte actuellement à la liberté d'expression.

165. Ces critiques ont également gagné le sol anglais.¹⁶⁷ Une campagne, sponsorisée par les organisations de presse *English Pen*¹⁶⁸ et *Index on Censorship*¹⁶⁹ a

¹⁶⁴ *House of Lords*, 28.10.99, *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] UKHL 45; *House of Lords*, 11.10.06, *Jameel v. Wall Street Journal Europe SpA*, [1999] UKHL 45. Voir également YOM, précit. note précédente, p. 429-445 (salue ce mouvement vers la promotion d'une presse libre, mais reconnaît que le fardeau de la preuve reste défavorable aux défendeurs).

¹⁶⁵ Le rapport du *Libel Working Group*, qui fut mandé par le législateur anglais pour estimer si la réforme du droit anglais de la diffamation était nécessaire, a reconnu ces carences dans l'exception de *responsible journalism*. Selon celui-ci, il ressort que tous les groupes d'intérêts en jeu, y compris la presse, la communauté scientifique, les organisations non gouvernementales, mais aussi les avocats représentant les victimes de diffamation considèrent ce test comme trop vague pour être satisfaisant. Pour son élaboration de proposition, le groupe rejeta donc l'idée d'une codification telle quelle de ce test et proposa de profiter de la réforme pour le reformuler et le clarifier. Ceci fut chose faite dans la *Draft Defamation Bill*, aujourd'hui proposée par le législateur anglais. Voir *Ministry of Justice*, 23.03.10, Report of the Libel Working Group (ci-après: *Libel Working Group Report*), disponible à l'adresse qui suit: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110322191207/http://www.justice.gov.uk/publications/docs/libel-working-group-report.pdf>>, p. 22-33, spec. p. 25-26 et 33; *Ministry of Justice*, 15.03.11, *Draft Defamation Bill / Consultation, Consultation Paper CP3/11*, <<http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/draft-defamation-bill-consultation.pdf>>, clause 2, ainsi que les commentaires en p. 10ss. Pour consulter l'avancée actuelle des travaux ainsi que les toutes dernières modifications apportées à ce texte, qui ne seraient par hypothèse pas prises en compte dans notre étude, voir <<http://services.parliament.uk/bills/2012-13/defamation.html>> (dernière visite des liens de cette section le 14.06.12).

¹⁶⁶ *Comité des droits de l'Homme*, 30.07.08, Examen des rapports présentés par les États-parties conformément à l'art. 40 du Pacte / Observations finales, CCPR/C/GBR/CO/6, par. 25.

¹⁶⁷ Sur l'impulsion politico-sociale de ces réformes, voir JONATHAN WATSON, *What Price (sic) Free Speech? The Scandal of England's Libel Laws*, IBA Global Insight (Avril 2010), p. 14ss. Pour une description et une

été lancée pour sensibiliser le public et les autorités anglaises aux carences trouvées dans leur droit de la diffamation.¹⁷⁰ Leur rapport conclut que ce droit est inadapté au monde globalisé contemporain, ainsi qu'à la publication par Internet. Il propose une liste de propositions, touchant tant le fond que le droit international privé.

166. Au niveau législatif, plusieurs travaux de consultation ont été lancés afin d'évaluer les diverses possibilités de révision du droit anglais de la diffamation. En Mars 2010, un groupe de travail composé de divers groupes d'intérêts rendit un rapport identifiant les problèmes actuels du droit anglais, y compris le *libel tourism*, et formula quelques idées de réponses.¹⁷¹ Un an plus tard, une proposition de nouvelle loi a été soumise à un processus de consultation, processus qui dure encore à l'heure où ces lignes sont écrites.¹⁷² Le domaine de la diffamation est donc en plein effervescence en Angleterre, et les critiques lancées à l'encontre de la pratique décrite dans ce chapitre semblent donc avoir été entendues.

§ II. Plan et délimitation de la matière

167. Dans ce chapitre, nous nous proposons d'exposer dans un premier temps la mécanique permettant aux cours anglaises de se déclarer compétentes à l'encontre de toute publication disponible sur Internet, et d'y appliquer le droit anglais. Nous nous intéresserons aussi aux arguments juridiques invoqués pour justifier cette solution.

168. En matière de compétence, nous nous attarderons principalement sur le critère dit de l'accessibilité, qui fut adopté et subséquemment affiné par les cours anglaises. Nous mettrons en évidence que ce critère se fonde sur une analogie directe entre la prévisibilité inhérente à la distribution d'un texte physique et la publication par Internet. Nous détaillerons ensuite l'outil du *forum non conveniens*, et soulignerons sa relative inutilité lorsqu'il est appliqué à notre problématique. Au niveau du droit applicable, nous traiterons brièvement du système, très spécifique à la *common law* de la *double actionability*. Nous montrerons pourquoi, en matière de diffamation sur Internet, elle conduit en pratique à une application de la *lex fori*.

169. Enfin, dans une perspective d'avenir, nous dédierons une section aux travaux actuels de réforme du droit anglais de la diffamation. Au travers des différents rapports et des propositions qui ont été effectués à ce jour, nous identifierons l'attitude du législateur anglais face à notre problématique, et présenterons les solutions qu'il y aura apportées.

critique détaillée des réformes anglaises, voir BRID JORDAN, *The Modernisation of English Libel Laws and Online Publication*, 14 J. Internet L. No. 7 (2011), p. 3ss.

¹⁶⁸ <<http://www.englishpen.org>> (pour les liens de cette section, la dernière visite date du 14.06.12).

¹⁶⁹ <<http://www.indexonensorship.org>>

¹⁷⁰ <<http://www.libelreform.org/index.php>>

¹⁷¹ Libel Working Group Report, *op. cit.*

¹⁷² Draft Defamation Bill, *op. cit.*

Section II Compétence

§ I. Introduction

170. Comme évoqué ci-dessus, les cours anglaises ont la réputation de laisser leurs portes ouvertes à toute personne s'estimant diffamée par Internet, quelle que soit sa provenance géographique. Il ne nous sera donc pas surprenant de révéler déjà maintenant que les règles anglaises de compétence sont encore aujourd'hui très larges. Mais, au-delà de ce constat général, deux points articuleront notre présentation.

171. Premièrement, nous nous intéresserons aux arguments qui ont permis aux cours anglaises de justifier cette attitude. Nous verrons que c'est par une analogie directe avec la presse papier, et par un rejet du caractère spécifique d'Internet, que cette conception a pris racine. Pour illustrer ce point, nous serons amenés à faire un détour par l'Australie : c'est dans le célèbre arrêt *Dow Jones v. Gutnick*, rendu par la *High Court* australienne,¹⁷³ que la question de la compétence en rapport avec un site Internet fut traitée pour la première fois par un juge de *common law*. Les tribunaux anglais ayant complètement repris et adopté les considérants de cette décision, l'analyse de cette dernière sera une étape charnière de notre présentation.¹⁷⁴

172. Après avoir repris l'approche, assez large, de leurs confrères australiens, les juges anglais en ont par la suite quelque peu adouci les contours. Notre deuxième point nous verra constater que, à l'occasion d'un arrêt post-*Gutnick*, la jurisprudence anglaise a connu un certain infléchissement. Notamment, elle a permis de rejeter les demandes abusives par la voie de l'*abuse de process*. Nous décrirons cette nouvelle tendance jurisprudentielle, et examinerons si, en pratique, elle peut être à même de tempérer une compétence autrement facilement acquise par le juge anglais.

§ II. Règles de base

173. L'Angleterre étant membre de l'Union Européenne, ses règles de compétence sont régies par deux sources distinctes.¹⁷⁵ Les cas européens, dans lesquels le défendeur a son domicile dans un des États Membres, sont saisis par le règlement

¹⁷³ *High Court of Australia*, 10.12.02, *Dow Jones v. Gutnick*, [2002] HCA 56.

¹⁷⁴ L'Australie ne nous offrant aucun autre *leading case* en la matière, et ne proposant pas vraiment d'autres solutions, nous avons décidé de ne pas la traiter séparément dans notre exposé. De plus, la similitude entre leurs règles et les règles anglaises sont telles que les décrire nous mènerait à des répétitions inutiles. En tout état de cause, il faudra ici considérer que *Gutnick* est actuellement le dernier mot des juges australiens en matière de diffamation sur Internet.

¹⁷⁵ CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2^{ème} ed., Oxford 2005, p. 62-69 et 253; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^{ème} ed., London 2006, pars. 11-002 à 11-019; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, 4^{ème} ed., Sydney 2006, p. 11 et p. 131-132.

Bruxelles I.¹⁷⁶ Les cas extra-européens sont traités par les règles internes anglaises, que l'on trouve dans les *Civil Procedure Rules (CPR)*.¹⁷⁷ Ce sont ces dernières règles qui nous intéresseront dans ce chapitre ; nous vous renvoyons au chapitre approprié pour une analyse du droit communautaire.¹⁷⁸

174. Cela étant, il faut relever ici que les *leading cases* britanniques portant sur la diffamation par Internet se situent tous dans le cadre extra-européen. On pourrait donc s'interroger si l'attitude des juges anglais par rapport à notre problématique serait identique dans des cas relevant du règlement Bruxelles I. A notre avis, cela devrait être le cas pour deux raisons. Premièrement, car, comme nous le verrons ci-après, les règles anglaises de compétence en matière délictuelle sont empreintes d'une certaine symétrie avec le système établi par le règlement ; notamment la possibilité pour la victime d'un dommage plurilocalisé de s'adresser à chacun des points de matérialisation de celui-ci, ou de s'adresser aux tribunaux du lieu de l'acte y donnant lieu.¹⁷⁹ Le respect de cette symétrie impliquerait ainsi logiquement un traitement identique des cas tombant sous le régime communautaire. Deuxièmement, et ceci est une sorte d'argument *à postériori*, parce que le principe de la compétence donnée au lieu de la diffusion d'un site Internet, soit le principe de l'accessibilité qui nous occupera au cours du présent chapitre, a été entériné par la CJUE dans l'arrêt *eDate*.¹⁸⁰ Autant donc dire que la solution de droit interne anglais est d'une actualité pressante, car elle fait maintenant pleinement partie du droit communautaire.¹⁸¹

175. Les règles internes anglaises de compétence se trouvent dans les *Civil Procedure Rules (CPR)*. C'est plus particulièrement la section 6.36 CPR qui nous intéressera. Celle-ci prévoit la compétence des juges anglais à l'encontre d'un défendeur étranger si deux conditions sont remplies. Tout d'abord, il faut l'un des chefs de compétence prévus par le texte légal soit rempli. Ensuite, le demandeur devra, tant bien même qu'un de ces chefs soit rempli, convaincre le juge que l'Angleterre est le *forum conveniens*, soit le lieu le plus approprié pour traiter de la dispute.¹⁸²

¹⁷⁶ 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, JOCE L 12/1. Cela, nonobstant les cas tombant encore sous le champ d'application de la Conventions de Lugano, soit ceux concernant l'Islande, la Norvège et la Suisse. En Angleterre, ces cas sont traités par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1991*, qui transpose la convention dans le droit interne. Ce document est disponible à l'adresse suivante : <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1991/Ukpga_19910012_en_2.htm> (dernière visite le 14.06.12).

¹⁷⁷ *Civil Procedure Rules*, <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/>> (dernière visite le 14.06.12)

¹⁷⁸ Voir *infra* p. 183ss.

¹⁷⁹ Pour une mise en évidence de cette symétrie, voir *infra* p. 179 à 188.

¹⁸⁰ Voir notre partie consacrée à cet arrêt, en p. 194ss.

¹⁸¹ Arrivant à la même conclusion, voir GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, par. 6-038.

¹⁸² *House of Lords*, 14.10.93, *Seaconsar Far East Ltd. v. Bank Markazi Jomouri Islami Iran*, [1993] 4 All ER 163; *House of Lords*, 19.11.96, *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] E.C.C. 168. Voir CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 103-105; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, pars. 11R-145 à 11-055; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS

176. Derrière la deuxième de ces conditions se cache une forme spécifique du test de *common law* de *forum non conveniens*. La seule différence entre cette exigence et le test dit de *forum non conveniens* se situe au niveau du fardeau de la preuve : vu qu'il invoque la compétence extraterritoriale du juge anglais, ce sera au demandeur de prouver que le for anglais est approprié, et non au défendeur de prouver qu'il ne l'est point. Nous reviendrons sur ces questions de *forum conveniens* et de *forum non conveniens* dans notre partie dédiée à cette notion, et nous nous concentrerons pour l'instant exclusivement sur les chefs de compétence proprement dits.¹⁸³

177. Seuls deux de ces chefs, que l'on trouve dans l'annexe Practice Direction 6B (PD6B), adjoint au CPR, nous concernent directement. Il s'agit de la compétence du tribunal du domicile du défendeur, ainsi que celle du tribunal du lieu du délit.

A) *Le domicile du défendeur*

178. La compétence du tribunal anglais du lieu du domicile du défendeur, prévue par la section 3.1, num. (1) PB6B, est un chef de compétence classique qui ne nous pose pas de véritables problèmes. Son importance pratique est de plus aujourd'hui quasiment inexistante, car il sera forcément absorbé par son pendant communautaire, applicable directement à tout défendeur domicilié en Angleterre.

B) *Le lieu du délit*

179. La section. 3.1 num. (9) PB6B se présente comme suit :

« *A claim is made in tort where damage was sustained within the jurisdiction; or the damage sustained resulted from an act committed within the jurisdiction.* »

180. Comme son texte l'énonce, cette disposition permet au demandeur d'opter tant bien pour le lieu de l'acte délictuel, soit là où le défendeur a agi de façon à créer le dommage, que celui du résultat, là où le dommage a été effectivement subi. Le parallèle entre la structure de cette disposition et la jurisprudence européenne est évident : c'est justement dans un souci de symétrie avec les instruments européens, et notamment avec l'arrêt *Bier*,¹⁸⁴ que le législateur anglais l'a ainsi formulée. De façon générale, d'ailleurs, on trouve dans les règles anglaises internes une certaine cohérence avec la jurisprudence européenne, quoiqu'avec quelques petites différences.¹⁸⁵

/ PETER NORTH, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14^{ème} ed., Oxford 2008, p. 372-373; RUTH HAYWARD, Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 14-16.

¹⁸³ Pour notre regard sur le *forum non conveniens*, voir *infra* p. 77ss.

¹⁸⁴ *CJCE*, 30.11.76, *Handelskewerkerij G. J. Bier c. Mines de potasse d'Alsace SA*, RJ 1976 p. 01735. Cet arrêt pose le principe que lorsque le lieu de l'acte générateur d'un dommage est géographiquement dissocié du lieu de la matérialisation du dommage, la compétence est donnée dans chacun de ces lieux.

¹⁸⁵ CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 108; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID MCCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, *Dacey, Morris and*

1) *Le lieu de l'acte générateur*

181. Selon la sec. 3.1, num. (9) lit. (a) PB6B, le demandeur peut opter pour les tribunaux du lieu de l'acte délictuel. Il n'est pas nécessaire que l'entier des actes nécessaires se soit déroulé sur terre anglaise : un acte partiel suffit pour remplir l'exigence de ce chef de compétence.¹⁸⁶ En matière de diffamation globale, la jurisprudence anglaise est à notre connaissance inexistante. Nous nous concentrerons donc sur le deuxième lieu chef de compétence prévu, qui se trouve au lieu du résultat.

2) *Le lieu du résultat*

182. La lettre (b) de cette même disposition prévoit également la compétence des tribunaux anglais lorsque le dommage a été subi au sein de cette juridiction. Traditionnellement, le dommage en question doit être significatif, ou en tout cas suffisamment élevé pour mériter l'intervention du juge anglais.

183. Lors de litiges impliquant des actes illicites dits complexes, dont les dommages sont répartis dans plusieurs États, la proportion entre le dommage subi en Angleterre et celui subi ailleurs n'est pas importante. Tant que le dommage anglais est jugé comme suffisant, la condition sera remplie.¹⁸⁷ En matière de diffamation, cependant, l'interprétation de ce chef de compétence revêt une complexité toute particulière. Dans ce contexte, quatre considérations, qui serviront de cadre à la suite de notre présentation, sont à préciser.

184. En premier lieu, le lieu du dommage se comprend en Angleterre comme étant le lieu de la publication du texte diffamatoire. Ce terme anglais de *publication* est trompeur, car il désigne l'équivalent de notre notion francophone de la distribution. Ce lieu se définit comme étant celui dans lequel le texte a été distribué ainsi que lu et compris par le public. En d'autres termes, le lieu du dommage se trouve là où la réputation du demandeur a été atteinte par la diffamation.¹⁸⁸ En matière d'Internet, ce lieu dit de la *publication* a été interprété comme étant chacun des lieux de téléchargement du site diffamatoire.¹⁸⁹ Nous reviendrons sur cette interprétation plus tard dans ce chapitre.

Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, par. 11-219; CLIVE GRINGRAS, *The Laws of the Internet*, 2^{ème} ed., London 2003, p. 153; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, I.C.L.Q. 2010, 59(1), p. 25ss, spec. p. 27; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 20-21.

¹⁸⁶ *Court of Appeal, Civil Division*, 14.02.89, Metall und Rohstoff AG v. Donaldson Lufkin & Jenrette Inc., [1990] 1 Q.B. 391. Voir également CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, Jaffey on the Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 108; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, pars. 11-220 à 11-222; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, *op. cit.*, p. 387.

¹⁸⁷ Voir les références en note précédente.

¹⁸⁸ *Court of Appeal*, 19.07.48, Bata v. Bata, [1948] W.N. 366.

¹⁸⁹ OREN BIGOS, Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet, 54 Int'l & Comp. L. Q. (2005), p. 585ss, spec. p. 613-614; MATTHEW COLLINS, The Law of Defamation and the Internet, *op. cit.*, par. 25.27; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, Dicey, Morris

185. Une seconde caractéristique saillante des règles anglaises concernant la diffamation est l'emploi d'un concept traditionnel de *common law* nommé la *multiple publication rule*. Selon cette règle, chaque édition individuelle d'un même texte ou d'un même document constitue une publication entière, séparée, et propre à fonder la compétence d'un tribunal anglais. Toute nouvelle édition d'un texte, même par hypothèse connu et déjà publié en Angleterre, peut possiblement donner naissance à un nouveau litige judiciaire. Lorsqu'une publication considérée comme diffamatoire est de nature transfrontalière, le juge anglais ne reconnaît pas l'existence d'une seule atteinte mondiale, mais celle d'une multitude d'atteintes régionalisées dont chacune ne concerne que l'État directement touché par la distribution. En conséquence, les cours anglaises ne seront compétentes que pour traiter du seul dommage commis en Angleterre, et elles ne s'intéresseront pas au reste du dommage mondial. En substance, l'approche ressemble à la deuxième branche de l'approche vue dans l'arrêt de la CJCE *Shevill*¹⁹⁰ : la compétence des tribunaux d'un État touché par la parution d'un texte diffamatoire est donnée, mais seulement pour traiter du dommage local.¹⁹¹ En matière d'Internet, la *multiple publication rule* fait que chaque consultation d'un site par un usager anglais constitue en elle-même une publication séparée et entière.¹⁹²

186. Ces deux caractéristiques nous amènent à une interrogation subséquente. De façon pragmatique, on pourrait objecter que la distribution d'un texte diffamatoire en Angleterre ne présume pas forcément de la présence d'une atteinte à la réputation en ce lieu. Par exemple, un ouvrage peut très bien être boudé par le public anglais, ou n'être lu que par un nombre négligeable de lecteurs. Cela nous amène sur la troisième spécificité du droit anglais : toute publication, aussi minime

and Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, pars. 11-223 et 11-224; BERNHARD MAIER, How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?, 18 Int'l J. L. & Info. Tech. (2010), p. 142ss, spec. 151-152; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-039.

¹⁹⁰ CJCE, 07.03.95, *Shevill c. Presse Alliance SA*, RJ 1995 p. I-00415. Cet arrêt pose le principe qu'en matière de dommages plurilocalisés causés par une atteinte diffamatoire, la victime peut porter son action soit vers les tribunaux du lieu de l'établissement de l'éditeur pour l'entier du dommage, soit vers chacun des tribunaux des États dans lesquels sa réputation a été touchée pour la partie du dommage afférant à cet État. Pour notre présentation de cet arrêt, voir *infra* p. 185ss.

¹⁹¹ *Court of Queen's Bench*, 2.11.1849, *Duke of Brunswick v. Harmer*, 117 E.R. 75; *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 22.05.03, *Harrods Ltd. v. Dow Jones*, [2003] EWHC 1162 (QB), par. 38. La question de savoir quelle est la part des dommages recouvrables en Angleterre suite à une publication globale n'est en réalité pas complètement claire en droit interne anglais. Cependant, dans la pratique, les demandeurs ont, pour des raisons stratégiques, toujours limité leurs prétentions au dommage local. Le résultat est donc matériellement identique à celui apporté par la fragmentation de *Shevill*. Voir ROBERT BALIN / LAURA HANDMAN / ERIN REID, Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American perspective, 3 E.H.R.L.R. (2009), p. 303ss, spec. p. 313-314; OREN BIGOS, Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet, *op. cit.*, p. 614; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID MCCLEAN / CAMPBELL MCLACHLAN / C.G.J. MORSE, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, par. 11-223; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 27, SARAH STAVELEY-O'CARROLL, Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?, 4 N.Y.U. J. L. & Liberty, 2009, p. 252ss, spec. p. 260-263.

¹⁹² Si l'on en croit les travaux législatifs de révision du droit anglais de la diffamation, la *multiple publication rule* risque de bientôt disparaître, à cause de son inadaptation au mode de parution d'Internet. Mais ce changement de cap n'aura que des effets internes, et intéresse moins le domaine du droit international privé que celui de la prescription des actions en diffamation. Pour plus de détails, voir *infra* p. 94 et les notes y relatives.

soit-elle, d'un texte diffamatoire sur le sol anglais, est présumée avoir la capacité de donner naissance à un dommage significatif. Cette présomption arrange fortement les victimes : il leur suffira de prouver qu'un texte a été publié, même une dizaine de fois, pour que la présence d'un dommage substantiel soit automatiquement constatée.

187. Combinées, les trois règles exposées ci-dessus donnent au juge anglais un large pouvoir juridictionnel. Il se reconnaîtra compétent pour traiter d'un texte diffamatoire disponible en Angleterre, et ce, même si le nombre d'exemplaires parus est minime. Sur Internet, cela voudra dire qu'il ne sera nécessaire de prouver au moins une poignée de consultations du site visé.¹⁹³ Une seule exigence vient tempérer le large pouvoir juridictionnel du juge anglais: celle de la réputation du demandeur. En effet, une diffamation ne peut avoir d'effets réels que si elle capable d'entacher la réputation d'une figure connue du public. Une personne sans aucun lien avec l'Angleterre ne pourra pas tenter de telle demande, ce qui permettrait alors de mettre un frein aux actions les plus abusives.¹⁹⁴

188. Ces quatre caractéristiques seront la toile de fond de la partie suivante, qui procédera à une analyse de la jurisprudence confrontant ces règles de compétence à l'ubiquité d'Internet.

§ III. Le critère de l'accessibilité

A) *Notion*

189. Confrontées à l'ubiquité d'Internet, les cours anglaises adoptèrent le critère dit de l'accessibilité. Celui-ci considère que la publication d'un texte présent sur Internet se fait au moment et au lieu de sa consultation par un lecteur quelconque. Le fait de cette publication est à lui seul suffisant pour créer un dommage suffisant pour justifier la compétences des tribunaux de ce lieu, et ce, quel que soit sa nature, son but, ou le public visé du site en question. Notre analyse de l'adoption de ce critère en Angleterre se fera en deux temps.

¹⁹³ *Court of Appeal, Civil Division*, 19.12.98, *Berezovsky v. Forbes Inc.*, [1998] EWCA Civ 1791; *House of Lords*, 11.05.00, *Berezovsky v. Michaels*, [2000] UKHL 25 (acceptent la compétence sur un magazine américain sur la base d'une publication d'environ 2000 journaux en Angleterre, sur un tirage total de plus de 175'000 exemplaires); *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 22.05.03, *Harrods Ltd. v. Dow Jones*, [2003] EWHC 1162 (QB), spec. par. 39 (compétence fondée sur la circulation de 10 copies papier d'un journal); *Court of Appeal, Civil Appeals Division*, *Dow Jones v. Jameel*, [2005] EWCA Civ 75, par. 19-32 (présente de manière synthétique la pratique anglaise de cette présomption). Voir aussi JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 387-390; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 20; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, pars. 6-037 et 6-045; BERNHARD MAIER, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?*, *op. cit.*, p. 152-153.

¹⁹⁴ TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 29-30; ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, *Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation*, *Comms. L.* 2009, 14(6), p. 173ss, spec. p. 175-176.

190. La formulation première de ce critère se trouve dans le célèbre arrêt australien *Dow Jones v. Gutnick*.¹⁹⁵ Datant de 2002, il fut le premier cas mondial dans lequel une cour suprême étatique traita de la problématique spécifique de la diffamation par Internet. Ainsi, si l'on veut pleinement comprendre l'attitude anglaise en la matière et identifier les arguments sous-tendant celle-ci, il nous faut passer par cet arrêt australien. Dans un premier temps, donc, nous présenterons en détail l'arrêt *Gutnick* ; nous expliquerons pourquoi les juges australiens ont adopté ce critère et mettrons en exergue leur rejet de l'exceptionnalité d'Internet en tant que média.

191. Ensuite, nous montrerons que les cours anglaises ont par la suite entièrement épousé les contours de la décision *Gutnick*. Pour ce faire, nous traiterons de l'arrêt *Lewis v. King*, qui fut le premier arrêt anglais traitant d'une diffamation entièrement commise par Internet.

B) Les origines du critère: l'arrêt *Gutnick v. Dow Jones*

192. A titre préliminaires, il nous faut exposer que les règles de base australiennes au sujet de la compétence internationale sont en substance identiques à celles décrites plus haut dans le contexte anglais.¹⁹⁶ Nous ne les traiterons donc pas ici directement, le lecteur n'ayant qu'à appliquer *mutatis mutandis* ce que nous avons exposé plus haut.

1) Contexte du litige

193. La dispute reposait sur un article portant atteinte à la réputation de Joseph Gutnick, un homme d'affaire domicilié dans l'État australien de Victoria. Le texte, publié dans le journal *Barrons Magazine* et édité par le groupe américain Dow Jones, alléguait que M. Gutnick faisait partie d'une chaîne de blanchiment d'argent basée en ce lieu. L'édition papier du magazine, destinée principalement à un public américain, n'avait été distribuée qu'en très faible quantité en Australie. L'article était disponible sur le site <<http://www.wsj.com>>, une édition en ligne du journal, également opérée par la société défenderesse. Le serveur qui l'hébergeait se trouvait aux États Unis, dans le New Jersey, et l'accès aux documents par le public était régi par un système payant d'abonnements, réglables par carte de crédit.¹⁹⁷ La défenderesse avait pu, grâce à ce dernier système, établir que seulement quelques centaines d'abonnés en Victoria avaient consulté l'article.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *High Court of Australia*, 10.12.02, *Dow Jones v. Gutnick*, [2002] HCA 56 (ci-après "*Dow Jones v. Gutnick*").

¹⁹⁶ Pour plus de détails sur les règles australiennes, voir PETER EDWARD NYGH / MARTIN DAVIES, *Conflict of Laws in Australia*, 7^{ème} ed., Chatswood 2002, pars. 4.51 et 4.53; REID MORTENSEN, *Private International Law in Australia*, Chatswood 2000, pars. 2.60 et 2.67-68. Voir aussi *Supreme Court of the Australian Capital Territory*, 24.07.73, *Gorton v. Australian Broadcasting Commission*, 22 FLR 181, p. 182-183; *Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales*, 24.12.85, *Flaherty v. Girgis*, 83 FLR 223, p. 238-240.

¹⁹⁷ *Ibid.*, par. 1-2 et 17.

¹⁹⁸ *Ibid.*, par. 2.

194. M. Gutnick intenta action contre Dow Jones sur la base des consultations en Victoria de l'article du *Barrons*,¹⁹⁹ et limita ses prétentions au seul dommage subi dans cet État. Selon lui, le texte de l'article portait atteinte à sa réputation en cet État qui se trouvait être son domicile ainsi que le centre de ses activités professionnelles et sociales. Ce n'était qu'en cet unique lieu qu'il désirait rétablir sa réputation.²⁰⁰ Pour sa part, Dow Jones, estimant que son site ne visait pas le public situé sur l'État de Victoria, contesta la compétence des cours australiennes devant la *Supreme Court of Victoria*²⁰¹ d'abord, et ensuite, sur recours, devant la *High Court of Australia*, soit la juridiction suprême de ce pays. C'est l'arrêt de cette dernière qui nous intéressera ici.²⁰²

2) Arguments avancées devant la *High Court of Australia*

195. Devant un panel de sept juges australiens, la société Dow Jones plaida que les spécificités liées à la publication par Internet étaient telles qu'il fallait revoir la notion de *common law* du lieu de la publication. Elle ne remit pourtant pas directement en question le droit positif australien. Au contraire, les deux parties s'accordèrent au préalable sur le contenu des règles de droit international privé en vigueur : soit, que la compétence au lieu du résultat de l'atteinte était donnée au lieu de la publication d'un article diffamatoire, et que le droit applicable, alors régi par la *lex loci delicti*, se trouvait pareillement en ce lieu.²⁰³

196. La divergence, que se devait de résoudre la cour, se trouvait sur la localisation juridique de la publication lorsqu'il était question d'Internet. Autour de cette unique question définitionnelle découlaient donc tant le résultat de la question de la compétence, que celle du droit applicable.²⁰⁴

197. Dow Jones plaida que la publication par Internet devait prendre place au lieu de la situation physique des serveurs exploités par le fournisseur de contenu. Son argumentation était que, sans limites claires à l'exercice de la compétence des tribunaux, un fournisseur de contenu par Internet pouvait être possiblement attiré devant les tribunaux de tous les pays du monde. Par ricochet, cela impliquait que

¹⁹⁹ Les dommages afférant à la publication papier furent, lors du recours, rajoutés à sa demande, mais ne seront pas traités dans ces lignes.

²⁰⁰ Dow Jones v. Gutnick, par. 6.

²⁰¹ *Supreme Court of Victoria*, 28.08.01, Gutnick v. Dow Jones, [2001] VSC 305. Pour une analyse de cet arrêt de la cour inférieure, voir GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, pars. 6-041 à 6-042 et 6-045 à 6-046.

²⁰² Pour des commentaires détaillés de l'arrêt de la *High Court*, voir BRIAN FITZGERALD, *Negotiating 'American Legal Hegemony' in the Transnational World of Cyberspace*, 21 *Melb. U. L. Rev.* (2003), p. 21ss; UTA KOHL, *Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick*, 52(4) *I.C.L.Q.* (2003), p. 1049ss.

²⁰³ Dow Jones v. Gutnick, par. 9.

²⁰⁴ La présente discussion valant tant pour la détermination du for que celle du droit de fond, nous ne présenterons pas l'arrêt *Gutnick* dans notre section sur le droit applicable, au risque de nous répéter. Pour un point de vue reconnaissant également la relation symbiotique entre ces deux questions dans le texte de *Gutnick*, voir GARY KOK YEW CHAN, *Internet Defamation and Choice of Law in Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, 2003 *Sing. J. Legal Stud.*, p. 483ss, spec. 485-488.

les lois de tous ces États pouvaient voir à s'appliquer simultanément à tout contenu présent sur le réseau. Dow Jones souligna les problèmes de prévisibilité que cette situation pouvait engendrer : comme il est impossible pour un fournisseur de contenu de savoir précisément qui accède à un contenu mis en ligne, ainsi que de contrôler ou d'identifier la provenance des usagers, il était pareillement impossible de prévoir quelles seraient les cours compétentes et le droit applicable aux litiges portant sur ce contenu

198. Ces problèmes pouvaient être évités par sa solution. *In casu*, ce seraient les cours du New Jersey, et elles seules, qui seraient compétentes. La loi applicable au fond du litige serait donc, par le jeu de la *lex loci delicti*, la loi américaine. Pour éviter les abus, la proposition de Dow Jones inclut une exception : si le fournisseur de contenu choisissait le lieu du serveur de façon « fortuite » ou « opportuniste », la publication au lieu du dommage subi pouvait encore subsister. Cette solution permettrait aux éditeurs de structurer leur conduite de manière de façon prévisible et d'héberger leurs sites de façon cohérente.²⁰⁵

199. Ces arguments ne convainquirent guère les juges de la *High Court of Australia*. Bien au contraire : par un avis majoritaire de quatre juges rejoints par trois avis concordants rédigés séparément, les sept magistrats rejetèrent à l'unanimité les objections soulevées par Dow Jones, et confirmèrent la compétence des tribunaux de l'État du Victoria. Trois éléments motivèrent cette solution.

3) *Fixation du lieu de la publication au lieu du téléchargement*

200. Au préalable, les juges de la majorité rappelèrent les règles de *common law* en matière de compétence au lieu du dommage en matière de diffamation. Celui-ci était le lieu de la publication, soit là où la diffamation était lue et comprise par le public.²⁰⁶ Adapté à Internet, ce lieu ne pouvait qu'être le lieu de consultation du site diffamatoire. Cela impliquait que chaque fois qu'un usager d'Internet accédait à un article présent sur le réseau, il y avait une nouvelle publication en ce lieu, par effet de la *multiple publication rule*. En conséquence, l'éditeur de tout site consulté dans l'État du Victoria pouvait être attiré devant un tribunal de cet État.²⁰⁷

4) *Rejet des arguments fondés sur l'ubiquité d'Internet.*

201. Une fois ces principes rappelés, la majorité balaya tous les arguments fondés sur les spécificités d'Internet. Dans un célèbre passage, elle conclut que le réseau n'apportait absolument rien de neuf à la réflexion juridique sur la compétence :

²⁰⁵ *Ibid.*, par. 19.

²⁰⁶ *Ibid.*, par. 25-28.

²⁰⁷ *Ibid.*, par. 44.

« It was suggested that the World Wide Web was different from radio and television because the radio or television broadcaster could decide how far the signal was to be broadcast. It must be recognized, however, that satellite broadcasting now permits very wide dissemination of radio and television and it may, therefore, be doubted that it is right to say that the World Wide Web has a uniquely broad reach. It is no more or less ubiquitous than some television services. In the end, pointing to the breadth or depth of reach of particular forms of communication may tend to obscure one basic fact. However broad may be the reach of any particular means of communication, those who make information accessible by a particular method do so knowing of the reach that their information may have. In particular, those who post information on the World Wide Web do so knowing that the information they make available is available to all and sundry without any geographic restriction. »²⁰⁸

202. Selon leurs termes, les problèmes de prévisibilité posés par l'ubiquité du réseau n'étaient en fin de compte que des illusions : toute personne qui met du contenu sur Internet est consciente de la portée globale de ce média, et, de ce fait même, accepte implicitement de se soumettre à toutes les lois y possiblement applicables. Le fournisseur de contenu par Internet serait alors l'analogie directe de l'éditeur qui distribue sciemment un journal dans tous les pays du monde. Il n'y a pas d'imprévisibilité ou de doute possible car l'acte de la publication se doit d'être pareillement réfléchi et anticipé qu'en dehors du réseau.

203. Dans son avis séparé, le juge GAUDRON, qui fut encore moins convaincu par les arguments de la société défenderesse que ses collègues, reformula cette conception en termes encore plus explicites :

« The Court was much pressed with arguments about the ubiquity of the Internet. That ubiquity, it was said, distinguished the Internet from practically any other form of human endeavour. Implicit in the appellant's assertions was more than a suggestion that any attempt to control, regulate, or even inhibit its operation, no matter the irresponsibility or malevolence of a user, would be futile, and that therefore no jurisdiction should trouble to try to do so. I would reject these claims. Some brands of motor cars are ubiquitous but their manufacturers, if they wish to sell them in different jurisdictions must comply with the laws and standards of those jurisdictions. There is nothing unique about multinational business, and it is in that that this appellant chooses to be engaged. If people wish to do business in, or indeed travel to, or live in, or utilise the infrastructure of different countries, they can hardly expect to be absolved from compliance with the laws of those countries. The fact that publication might occur everywhere does not mean that it occurs nowhere. Multiple publication in different jurisdictions is certainly no novelty in a federation such as Australia. »²⁰⁹

²⁰⁸ *Ibid.*, par. 39.

²⁰⁹ *Ibid.*, par 186.

204. Par le biais de ces quelques analogies avec le monde physique, les juges conclurent qu'il n'y avait aucune raison de modifier les principes de *common law* afférant à la publication. Leur application à Internet donnait certes un large pouvoir juridictionnel aux cours australiennes, mais cela était justifié au vu du caractère global de ce média. Afin d'assoir leur motivation, les juges de la majorité identifièrent trois éléments qui, selon eux, montraient que la peur de l'imprévisibilité liée à la publication globale était exagérée.²¹⁰

- Pour qu'une diffamation soit retenue, il est nécessaire que la victime dispose d'une réputation dans le for requis. De telles demandes seraient donc limitées aux États dans lesquels les demandeurs sont connus.
- Le jugement obtenu ne sera utile au demandeur seulement s'il peut être exécuté à l'encontre du défendeur. Ainsi, une condamnation obtenue dans une juridiction trop éloignée des biens de l'éditeur ne sera d'aucune utilité à un *forum shopper*.
- Dans la plupart des cas, il suffira à l'éditeur de délimiter quels sont les États dans lesquels la personne visée détient une réputation notable pour pouvoir anticiper les règles qui seront applicables à un article en rapport avec celles-ci. Il leur est donc possible de structurer leur conduite de façon prévisible.

205. Ces trois limitations naturelles étaient suffisantes pour empêcher les actions les plus abusives. Les juges de la majorité conclurent donc à un rejet complet de la prise en compte des spécificités du réseau.

206. Seul le juge KIRBY, qui rédigea un avis concordant séparé, fut sensible à la question de l'imprévisibilité liée à la parution par Internet. Il considéra, contrairement à ses confrères, que ce moyen de communication était plus qu'une simple extension des médias existant et qu'il nécessitait un traitement spécifique. Continuer à le saisir par un faisceau de règles traditionnelles ne pouvait mener qu'à un flou juridique, menant à une possible autocensure de la part des fournisseurs de contenus. Du point de vue de la liberté d'expression, la solution de la majorité lui semblait insatisfaisante.²¹¹ Cependant, il estima que, en tant que juge, il était lié au précédent de *common law*, et qu'il n'avait pas le pouvoir de modifier les règles australiennes de droit international privé. C'était du législateur, et surtout grâce à l'ouverture d'un dialogue transnational, que la solution devait surgir.²¹² Ainsi, à contre cœur, il parvint à la même solution que ses confrères.²¹³

²¹⁰ *Ibid.*, par. 53.

²¹¹ *Ibid.*, par. 111-122.

²¹² *Ibid.*, par. 123-138.

²¹³ *Ibid.*, par. 164-166.

5) *Rejet de la publication au lieu du serveur*

207. Au vu des arguments exposés ci-dessus, il était clair que la proposition d'une publication au lieu du serveur n'allait pas séduire les juges australiens. La majorité la rejeta, en considérant qu'elle était trop imprécise,²¹⁴ et qu'elle jurait avec la conception australienne de la diffamation.²¹⁵

208. En la rejetant également cette proposition, le juge CALLINAN mit pour sa part le doigt sur le véritable problème la sous-tendant. Comme la majorité des serveurs Internet se trouvaient physiquement aux États-Unis, il argumenta qu'accepter cette proposition ne servirait qu'à créer une hégémonie des cours étasuniennes et du droit américain sur l'entier des litiges ayant trait au réseau. Cela aurait pour effet d'étendre les larges protections américaines de fond à tous les éditeurs du web, et de nier les protections accordées aux victimes résidant dans des pays ayant des règles plus strictes.²¹⁶

6) *Commentaires sur l'arrêt*

209. L'arrêt Gutnick nia toute spécificité liée à la nature d'Internet, et y appliqua impérieusement le critère dit de l'accessibilité. Dès qu'un site est disponible en Australie, il sera considéré comme étant publié en ce lieu. Ses caractéristiques, ainsi que son public visé, ne sont pas pertinents. Cela étant exposé, notre regard sur l'arrêt Gutnick nous amène à émettre deux observations.

210. Premièrement, il faut reconnaître qu'en l'espèce, le résultat obtenu par les juges dans ce litige n'était pas choquant. Le demandeur était un ressortissant australien, qui résidait dans ce pays et qui y déployait une grande partie de ses activités. Il semble normal qu'il puisse employer les cours de son pays pour défendre sa réputation. De plus, Dow Jones put établir que son site avait été lu par au moins quelques centaines d'internautes situés dans l'État de Victoria. Il n'y avait *in casu* pas matière à *forum shopping*, et c'est à juste titre que Dow Jones dut supporter le risque lié à la publication de son article. Cette heureuse résolution justifie-t-elle pour autant, sur le plan théorique, la conception d'Internet adoptée par la *High Court of Australia*? Nous verrons, dans la suite de ce chapitre, que l'application de cette doctrine ne s'est, en Angleterre en tout cas, pas toujours faite dans des situations aussi claires.

211. Notre interprétation de la solution trouvée dans l'arrêt *Gutnick* n'est pas partagée par tous. En effet, un pan de la doctrine considère que celui-ci est un exemple d'application du *targeting test*, soit, que les juges auraient considéré certains éléments de la structure du site de Dow Jones afin de déterminer que la firme souhaitait toucher un public australien. A l'appui de cette interprétation, les auteurs

²¹⁴ *Ibid.*, par. 21-22.

²¹⁵ *Ibid.*, par. 42-43.

²¹⁶ *Ibid.*, par. 200.

de ce courant rappellent que le site du *Barrons* était régi par un système d'abonnements par voie de carte de crédit. Ce dernier permettait l'identification de la provenance des visiteurs et permettait d'en interdire l'accès si nécessaire. Pourtant, Dow Jones n'entreprend aucune action pour bloquer les usagers situés dans l'État de Victoria. Ces éléments auraient été pris en compte de façon implicite par les juges, qui auraient dès lors accordé une certaine importance à la nature du site ainsi qu'à son public visé.²¹⁷

212. A notre avis, cette interprétation ne saurait être suivie. Certes, un *targeting test* appliqué à *Gutnick*, y compris celui qui sera développé dans ce travail, aurait donné un résultat concordant à celui obtenu par les juges de l'affaire. Mais on ne trouve dans le texte même de leur arrêt aucune réelle considération de ce type. Au contraire : selon leurs termes, toutes personnes qui met un texte sur le réseau vise implicitement tous les pays du monde entier. Il n'y a aucune place pour un *targeting test* ou pour une prise en compte quelconques d'autres éléments que la disponibilité du site.²¹⁸

213. Notre interprétation de l'arrêt *Gutnick* est de plus partagée par les cours anglaises. En reprenant l'approche australienne, celles-ci rejetèrent catégoriquement toute considération ayant trait au *targeting test*. C'est d'ailleurs sur cette appropriation anglaise du critère de l'accessibilité que nous allons maintenant nous pencher.

²¹⁷ Interprétant l'arrêt de cette façon, voir MATTHEW CHIVVIS, Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction, 41 U.S.F. L.Rev. (2007), p. 699ss, spec. p. 724; GREGORY S. COOPER, A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World, 8 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y, p.2ss, spec. sec. II par. 7; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, 19 Eur. J. Int'l L. (2008), p. 799ss, spec. p. 817.

²¹⁸ Rejoignant notre interpretation, voir BLAKE COOPER, The U.S. Libel Law Conundrum and the Necessity of Defensive Corporate Measures in Lessening International Internet Libel Liability, 21 Conn. J. Int'l L. (2005), p. 127ss, spec. p.145-150; MATTHEW FAGIN, Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values, 9 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (2003), p. 395ss, spec. p. 431-435; BRIAN FITZGERALD, Negotiating 'American Legal Hegemony' in the Transnational World of Cyberspace, 21 Melb. U. L. Rw. (2003), p. 21ss, spec. sec. IV, lit. b, par. 2; NATHAN W. GARNETT, Dow Jones & Co v Gutnick: Will Australia's Long Jurisdictional Reach Chill Internet World-Wide?, Pac. Rim. L. & Pol'y J. (2004), p. 61ss, spec. p. 75-78; UTA KOHL, Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick, *op.cit.*, p. 1051-1052 et 1056-1057; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, pars. 6-042 à 6-043, et 6-045 à 6-045; BRIAN P. WERLEY, Aussie Rules: Universal Jurisdiction over Internet Defamation, 18 Temp. Int'l & Comp L. J. (1999), p. 199ss, spec. p.220 et 226-228. Il est intéressant de noter que le juge de première instance de l'affaire Gutnick laissa une porte ouverte pour des considérations similaires au *targeting test*. Il estima que la compétence des tribunaux de l'État de Victoria étaient compétents à l'encontre de la société défenderesse, mais seulement parce que le site fonctionnait avec un système d'abonnements lui permettant de trier et de filtrer ses clients. Malheureusement, ces développements furent enterrés par les considérations de la la *High Court of Australia* que nous avons présentées ci-dessus. Notant la meme coupure entre ces deux arrêts à l'autre, voir GRAHAM J. H. SMITH, précit., pars. 6-043 à 6-044, DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 337.

C) Reprise anglaise du critère de l'accessibilité: l'arrêt *Lewis v. King*²¹⁹

214. L'arrêt *Lewis v. King*, datant de 2004, n'est pas le premier arrêt anglais à avoir traité d'une diffamation commise par Internet. D'autres arrêts plus anciens avaient déjà ponctuellement traité de la question avant celui-ci.²²⁰ Toutefois, il fut le premier arrêt à avoir traité d'une diffamation commise entièrement et uniquement par Internet, et à avoir une fois pour toutes importé l'approche *Gutnick* dans le droit anglais. Notre présentation de *Lewis v. King* aura deux buts : premièrement, nous relaterons comment et pourquoi les juges anglais ont repris le principe de l'accessibilité façonné par leurs collègues australiens. Deuxièmement, nous montrerons en quoi le résultat de cette affaire *Lewis v. King* peut apparaître comme moins convaincant que celui de l'arrêt australien.

1) Contexte du litige

215. Les faits s'inscrivaient dans le cadre d'une procédure judiciaire américaine opposant Don King, promoteur sportif domicilié aux États-Unis, à Lennox Lewis, le célèbre boxeur anglais également domicilié aux États-Unis. Cette dispute-là, qui ne touche pas à notre domaine et que nous ne traiterons pas plus en avant ici, avait trait à une interférence par le boxeur anglais au sein d'une négociation contractuelle menée par Don King.

216. Le litige nous intéressant concernait deux articles écrits en rapport avec cette procédure américaine: un article écrit par Judd Burstein, l'avocat de Lennox Lewis, posté sur le site <<http://www.fightnews.com>>, ainsi qu'une interview donnée par ce même personnage au New York Daily News, retranscrite sur le site <<http://www.boxingtalk.com>>.²²¹ Les deux textes accusaient Don King d'antisémitisme et de conduite commerciale répréhensible. Le promoteur saisit les juridictions anglaises et poursuivit en diffamation tant Lennox Lewis que Judd Burstein pour les dommages anglais liés à la parution de ces articles sur Internet. Contrairement au cas de figure de *Gutnick*, donc, il ne s'attaqua pas directement aux exploitants des sites litigieux : les administrateurs de [fightnews.com](http://www.fightnews.com) et [boxingtalk.com](http://www.boxingtalk.com) ne furent pas impliqués dans cette dispute.

217. Devant les juridictions inférieures, les défendeurs plaidèrent l'incompétence des cours anglaises. De leur point de vue, le litige n'avait aucun lien avec cet État : toutes les parties résidaient aux États-Unis, les articles avaient été publiés sur des sites destinés au public américain, et ils concernaient une procédure

²¹⁹ *Court of Appeal, Civil Division*, 19.10.04, *Lennox Lewis v. Don King* [2004] EWCA Civ 1329.

²²⁰ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 26.03.99, *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] EWHC QB 244; *Court of Appeal, Civil Division*, *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, 05.12.01 [2001] EWCA Civ 1805; *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 22.05.03, *Harrods Ltd. v. Dow Jones*, [2003] EWHC 1162 (QB). Au sujet de ces arrêts antérieurs, voir GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, pars. 6-043 à 6-044.

²²¹ *Court of Appeal, Civil Division*, 19.10.04, *Lennox Lewis v. Don King* [2004] EWCA Civ 1329, par. 6-8.

judiciaire qui se déroulait aux États-Unis. En vain : en se fondant uniquement sur le dommage commis en Angleterre, la *High Court of Justice* estima que la compétence des cours anglaises était justifiée.²²²

218. Suite à cette décision, Lennox Lewis et Don King se mirent d'accord par un *settlement*, et l'action s'éteignit à l'encontre du boxeur.²²³ Judd Burstein, seul défendeur restant, fit recours contre la décision auprès de la *Court of Appeal*.²²⁴

2) L'arrêt de la *Court of Appeal*

219. Parmi d'autres arguments, le défendeur estima que la cour inférieure n'avait pas suffisamment pris en compte la nature spécifique de la publication par Internet.²²⁵ De façon similaire à l'argumentation de Dow Jones dans *Gutnick*, il demanda aux juges d'appréhender les délits commis par Internet de façon moins rigide. Il proposa à cet effet l'adoption d'un *targeting test* : soit, une prise en compte de la destination géographique et du public visé par l'exploitant d'un site Internet.²²⁶

220. La cour rejeta ces arguments. Citant directement les considérants centraux dans *Gutnick*, elle en arriva aux mêmes conclusions : soit, que la publication se faisait au lieu du téléchargement, que la *multiple publication rule* créait des publications distinctes dans tous les pays dans lequel le site était disponible, et que la compétence pouvait dès lors être fondée par la simple disponibilité du site dans la juridiction anglaise.²²⁷ Quant au *targeting test* proposé par M. Burstein, la cour ne fut pas convaincue de son utilité. Se ralliant à la conception des juges australiens, elle considéra qu'Internet ne nécessitait pas d'outils spécifiques pour être appréhendé par le droit international privé :

« *We would reject this submission out of hand. As the Lord Chief Justice pointed out in the course of argument, it makes little sense to distinguish between one jurisdiction and another in order to decide which the defendant has "targeted", when in truth he has "targeted" every jurisdiction where his text may be downloaded. Further, if the exercise required the ascertainment of what it was the defendant subjectively intended to "target", it would in our judgment be liable to manipulation and uncertainty, and much more likely to diminish than enhance the interests of justice.* »²²⁸

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*, par. 5.

²²⁴ *Ibid.*, par. 20.

²²⁵ Plus précisément, le défendeur contesta l'application par le juge inférieur de la notion de *forum conveniens*. La discussion sur le lieu de la publication, bien qu'effectuée dans ce cadre, s'est néanmoins posée en terme généraux, et reste donc entièrement pertinente pour notre présentation. Pour une analyse des problèmes spécifiques posés par l'application du *forum (non) conveniens* dans cet arrêt, voir *infra* par. 77ss.

²²⁶ Lewis v. King, par. 33.

²²⁷ *Ibid.*, par. 28-30.

²²⁸ *Ibid.*, par. 34.

221. Dans ce paragraphe se retrouve cette idée selon laquelle un site Internet s'adresse implicitement au monde entier, et que son exploitant accepte le risque, de par son emploi même de ce média universel, d'être attiré devant les cours du monde entier. Mais on retrouve également une crainte qu'un test malléable de l'intention de l'éditeur ne mène à des résultats imprévisibles. Avec ces deux arguments, la cour conclut que la compétence des tribunaux anglais était fondée à l'encontre du défendeur.²²⁹

3) Commentaires sur l'arrêt

222. Avec cet arrêt, la *Court of Appeal* anglaise adopta explicitement le critère de l'accessibilité. Une comparaison directe entre les faits des deux arrêts nous amène à nous interroger sur le bienfondé de cette adaptation.

223. Dans *Gutnick*, il était question d'un ressortissant australien, venu naturellement défendre sa réputation devant les tribunaux de son domicile et du centre de ses intérêts. La question du *forum shopping* ne se posait pas. Dans *Lewis v. King*, les faits portaient déjà plus à réflexion : le demandeur était un promoteur américain, son litige portait sur des articles publiés sur des sites américains, et l'ensemble de l'affaire était intimement lié à une procédure judiciaire américaine. Le seul lien direct entre les parties et l'Angleterre était la nationalité de Lennox Lewis. Or, celui-ci avait établi sa résidence habituelle aux États-Unis, et n'était, au moment du jugement de la *Court of Appeal*, plus partie au litige. Autant dire que les liens entre cette affaire et l'Angleterre étaient ténus. Le choix du for anglais traduisait de plus une forte teneur stratégique, car l'application des règles de conflit anglaises allait permettre de faire échapper le litige au droit de fond américain, nettement moins favorable au demandeur que le droit anglais.

224. D'un autre côté, il est peut-être rapide de condamner, en tout cas en ce qui concerne l'attribution *stricto sensu* de la compétence judiciaire, l'action de Don King. Oui, les parties n'avaient que peu de liens avec l'Angleterre, mais il est également vrai que les articles étaient accessibles au public anglais, qu'ils étaient rédigés en anglais, et qu'ils concernaient les affaires d'un promoteur connu dans le milieu de la boxe. Ils comportaient au moins un risque de toucher un certain public en Angleterre. Même si le litige comportait des éléments pointant fortement vers un exercice du *forum shopping*, la possibilité d'un préjudice situé en Angleterre ne pouvait pas être complètement exclue. Il aurait donc été utile de disposer de plus d'informations sur les sites <<http://www.fightnews.com>> et <<http://www.boxingtalk.com>> au moment des faits : leur nombre de consultations de la part d'utilisateurs anglais, leur référencement, ou encore la focalisation de leurs publicités.

²²⁹ A nouveau, notwithstanding les autres considérations de *forum non conveniens*, qui occupèrent une place centrale dans cet arrêt. Pour une analyse de cet aspect de l'arrêt, voir *infra* p. 79-82.

225. De toute la procédure, l'unique référence à la nature des sites se trouve dans l'arrêt de la juridiction inférieure, la *High Court of Justice*. Dans celui-ci, le juge fut satisfait de constater que les sites étaient « populaires » et « souvent consultés » par le public anglais, sans donner plus de détails.²³⁰ L'analyse de la réputation de Don King sur le territoire anglais fut pareillement réglée de façon sommaire lors de ce premier arrêt : le juge inférieur considéra qu'il était une personnalité internationale dont l'actualité était suivie en Angleterre, et qu'il disposait de contacts commerciaux dans cet État. Cela lui fut suffisant pour retenir qu'il avait une réputation à défendre dans cette juridiction.²³¹ Aucun de ces aspects ne fut réexaminé devant la *Court of Appeal*.

226. Finalement, un dernier aspect de *Lewis v. King* nous apparaît comme insatisfaisant. L'arrêt sous-entend que l'auteur d'un texte diffamatoire peut être attrait devant les cours anglaises même si ce n'est pas lui qui a directement mis l'article sur Internet. *In casu*, les sites reproduisant l'interview de M. Burstein n'étaient même pas partie à la procédure.²³²

227. Nous estimons que cet arrêt *Lewis v. King* n'était peut-être pas la meilleure occasion pour adopter haut et fort l'approche *Gutnick*. Au contraire, il mit à jour la facilité avec laquelle un défendeur étranger pouvait saisir un tribunal de *common law* afin d'y faire traiter un litige ayant un rapport plus que flou avec l'Angleterre.²³³ Les dangers liés à ce large pouvoir juridictionnel n'échappa cependant pas cependant aux juges de cet État, car après cet arrêt *Lewis v. King* ils limitèrent la portée du critère de l'accessibilité par le moyen de l'*abuse of process*, qui sera le prochain point analysé dans ce chapitre.

²³⁰ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 06.02.04, King v. Lewis [2004] EWHC 168 (QB), par. 26.

²³¹ *Ibid.*, par. 23-25.

²³² Voir aussi *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 29.10.04, Richardson v. Schwarzenegger, [2004] EWHC 2422 (QB) (confirme qu'il est égal pour les cours anglaises que la mise sur le réseau de l'article soit volontaire ou fortuite). Pour une présentation de cet arrêt, voir *infra* p. 83.

²³³ Reconnaisant cette facilité, voir ROBERT BALIN / LAURA HANDMAN / ERIN REID, Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American perspective, *op. cit.*, p. 314-317; BERNHARD MAIER, How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?, *op. cit.*, p. 152-153; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 30; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, pars. 6-047 et 6-048; SARAH STAVELEY-O'CARROLL, Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?, *op. cit.*, p. 262. Moins critiques de cette pratique, voir OREN BIGOS, Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet, *op. cit.*, p. 614 (estime que deux barrières limitent ce principe de l'accessibilité : le fait que les dommages soient limités à l'Angleterre, et le besoin de prouver l'existence de la publication); MATTHEW COLLINS, The Law of Defamation and the Internet, *op. cit.*, par. 25.27 (argumente que, s'agissant de cas extra-européens, c'est le forum non conveniens qui doit entrer en jeu pour arrêter les demandes abusives, et non les règles de compétence *stricto sensu*); ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation, *op. cit.*, p. 175-176 (considère les règles anglaises comme appropriées et estime que le seul problème posé par le libel tourism est le coût élevé de la procédure en Angleterre pour les défendeurs étrangers).

§ IV. La limite de l'abuse of process

228. Le régime de l'accessibilité n'a pas, à ce jour, été fondamentalement remis en question par la jurisprudence anglaise. Contrairement aux États-Unis ou à la France, dont les réactions plus hésitantes seront présentées dans les chapitres suivants, les juges anglais n'exprimèrent aucun besoin de changer de système. Les arrêts analysés ci-dessus font donc encore partie intégrante du paysage juridique anglais et s'y appliquent encore entièrement. Par contre, on observa par la suite un léger adoucissement de cette position. Celle-ci se fit par l'emploi de d'un outil procédural distinct de ces questions d'accessibilité et de *targeting*. C'est la notion d'*abuse of process* qui fut ainsi employée pour permettre aux tribunaux de s'adapter quelque peu à l'ubiquité du réseau.

229. Dans cette partie, nous présenterons d'abord l'arrêt *Dow Jones v. Jameel*, qui employa pour la première fois cette limite. Ensuite, nous présenterons l'arrêt subséquent *Mardas v. New York Times*, qui en posa plus précisément les jalons. Nous évaluerons enfin l'utilité et la portée pratique de cet outil.

A) Origines de la limite : l'arrêt *Dow Jones v. Jameel*²³⁴

1) Contexte du litige

230. Le 18 Mars 2003, le Wall Street Journal Online, journal en ligne détenu par la société américaine Dow Jones, publia sur son site un article ayant trait à la guerre contre le terrorisme, et en particulier au financement de l'organisation Al-Qaïda. Le texte de l'article n'était pas problématique, mais il contenait un lien permettant au lecteur d'accéder à une page contenant la « *Golden Chain* ». Cette liste, établie par les services secrets américains, mentionnait des personnalités soupçonnées d'avoir financièrement appuyé l'organisation de Bin Laden. Parmi les noms trouvés dans celle-ci figurait Yousif Jameel, un homme d'affaires saoudien. L'article, ainsi que le lien menant à cette liste, fut présent sur le site du journal pendant tout le mois de mars, après quoi il fut supprimé.²³⁵

231. S'estimant faussement rapproché du milieu du terrorisme, M. Jameel intenta une action en diffamation devant les cours anglaises, en se fondant exclusivement sur la publication locale de l'article par Internet. Chose plutôt surprenante, la société Dow Jones ne contesta pas la compétence des cours anglaises. Elle choisit plutôt de se défendre sur le fond.

232. Au cours de la procédure, elle put prouver que la publication de cette « *Golden Chain* » en Angleterre était plus que minime et que seulement cinq personnes avaient consulté ce document via le lien proposé par l'article. De ces cinq visiteurs, trois faisaient partie de l'équipe juridique du demandeur. Il y avait certes

²³⁴ *Court of Appeal, Civil Appeals Division*, 03.02.05, *Dow Jones v. Jameel*, [2005] EWCA Civ 75.

²³⁵ *Ibid.*, par. 7-12.

publication en Angleterre, mais celle-ci était minuscule.²³⁶ En s'appuyant sur ce fait, la société Dow Jones avança deux arguments.

233. Dans un premier temps, Dow Jones tenta de faire tomber la présomption anglaise d'un dommage substantiel dès qu'il y a une publication. En effet, son application *in casu* donnait ici un résultat incohérent: comme au moins une publication sur le sol anglais avait été prouvée, l'action pouvait survivre car un dommage suffisant en était présumé de façon irréfragable, nonobstant la très faible réalité quantifiée du dommage effectif.²³⁷ Nous ne nous attarderons pas sur cet aspect de l'arrêt, qui ne touche qu'indirectement notre problématique. Il nous suffira ici de mentionner que la *Court of Appeal* rejeta cet argument, tout en restant consciente de la disproportion évidente de la demande.²³⁸ Seulement, elle préféra régler cette distorsion à l'aide de l'outil de l'*abuse of process*.

2) L'arrêt de la *Court of Appeal*

234. En second lieu, la société Dow Jones argumenta que cette action constituait un *abuse of process*. Certes, il y avait eu une publication en Angleterre, et un dommage avait effectivement été subi en ce lieu. Mais celui-ci, au vu des cinq consultations prouvées, était quasiment insignifiant. Il y avait ici une manifeste disproportion entre les moyens juridiques employés par le demandeur et le gain dérisoire que ceux-ci allaient lui procurer. La défenderesse invita donc les juges à reconnaître que la demande constituait un gaspillage des ressources de la *Court of Appeal*, et qu'il fallait la rejeter.

235. La *Court of Appeal* se montra sensible à cette argumentation. Elle considéra qu'il était de son devoir de s'assurer que son temps et ses moyens étaient employés à des fins utiles et justes. En plus de cette obligation générale, deux éléments récents l'amenaient à considérer sérieusement la question de l'*abuse of process*: le premier était l'introduction des nouvelles *Civil Procedure Rules*, qui l'exhortaient à être plus flexible sur ces questions; le second était la récente entrée de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit anglais via le *Human Rights Act*, et notamment l'article 10 de la Convention. En effet, la balance d'intérêts entre la liberté d'expression et la protection de la réputation des particuliers impliquait de ne pas donner suites à des actions dérisoires, lancées dans l'unique but de menacer la presse. De cela, elle conclut qu'il ne fallait donner suite à une action en diffamation que si et seulement si elle servait légitimement à réparer une réputation ternie, et non à satisfaire une manœuvre légale purement opportuniste.

236. Pour prouver que sa demande était légitime, le demandeur avança que, au-delà de la réparation pécuniaire, cette procédure anglaise lui servait deux intérêts légitimes. Ceux-ci étaient la réparation morale de l'atteinte à la réputation, et

²³⁶ *Ibid.*, par. 17.

²³⁷ *Ibid.*, par. 19-21.

²³⁸ *Ibid.*, par. 39-41.

l'obtention d'une injonction à l'encontre de la société Dow Jones pour la faire cesser.²³⁹

237. Au niveau de la réparation morale, M. Jameel argumenta que le for anglais était le plus approprié pour faire réparer sa réputation entachée mondialement par cet article.²⁴⁰ La cour rejeta cet argument, premièrement parce que le droit anglais de la diffamation, qui présume, en l'absence de justification par l'éditeur, la fausseté des allégations n'était pas adapté pour montrer au monde entier que ces allégations étaient effectivement fausses;²⁴¹ deuxièmement, parce que le cour ne pouvait traiter que du dommage commis en Angleterre. Il était donc peu vraisemblable que ce jugement puisse rétablir sa réputation à l'échelle internationale.²⁴² Le besoin d'une injonction fut également rejeté, au motif que l'article n'était plus disponible sur le site de Dow Jones et qu'une nouvelle publication semblait peu probable.²⁴³ La demande étant clairement disproportionnée, et ne servant pas d'autre but légitime, elle fut rejetée pour *abuse of process*.

238. Ce qui nous intéresse particulièrement dans cet arrêt, c'est ce paragraphe de la cour, relatif au rôle de l'*abuse of process* dans l'analyse du juge anglais :

« *If we were considering an application to set aside permission to serve these proceedings out of the jurisdiction we would allow that application on the basis that the five publications that had taken place in this jurisdiction did not, individually or collectively, amount to a real and substantial tort.* »²⁴⁴

239. Même si ces considérations se sont faites au niveau de l'outil procédural de l'*abuse of process*, les juges laissèrent la porte ouverte à une translation de ces préoccupations dans le domaine de la compétence *stricto sensu*. Plusieurs arrêts ayant confirmé la place de *Dow Jones v. Jameel* dans le paysage juridique anglais, nous pouvons conclure que ces juges seront dorénavant prêts à rejeter les cas de *libel tourism* les plus abusifs.²⁴⁵

²³⁹ *Ibid.*, par. 60.

²⁴⁰ *Ibid.*, par. 61.

²⁴¹ *Ibid.*, par. 67.

²⁴² *Ibid.*, par. 67-69.

²⁴³ *Ibid.*, par. 75.

²⁴⁴ *Ibid.*, par. 70.

²⁴⁵ MATTHEW COLLINS, The Law of Defamation and the Internet, *op. cit.*, par. 26.29; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 29 (note que cet outil pourrait également être pleinement applicable dans des cas européens); BERNHARD MAIER, How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?, *op. cit.*, p.153; ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation, *op. cit.*, p. 175; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, pars. 6-052.

B) Portée de la limite : l'arrêt *Mardas v. New York Times*

240. L'arrivée de cette limite de l'*abuse of process* invite à s'interroger sur sa portée réelle. Est-elle une limite effective à l'emploi du critère de l'accessibilité, propre à répondre aux critiques de *forum shopping* ? Ou ne s'applique-t-elle, comme ce fut dans le cas de l'arrêt *Jameel*, qu'à des cas extrêmes, dans lesquels le nombre de publications effectives se compte sur les doigts d'une main ? Une piste importante nous a été fournie par un arrêt *Mardas v. New York Times*, datant de 2008 et rendu par la *High Court of Justice*.²⁴⁶

1) Contexte du litige

241. A l'origine du litige se trouvait un article accusant Alexis Madras, un ressortissant grec qui fut connu pour être dans l'entourage du groupe des Beatles, d'être un escroc. Au surplus, il aurait, de par ses agissements, indirectement causé l'éclatement dudit groupe de musique. Cet article fut publié dans l'édition papier du journal américain le *New York Times*, ainsi que dans sa formule internationale, nommée la *International Herald Tribune*. Il fut également posté sur les sites Internet des deux journaux respectifs. M. Madras intenta une action en diffamation devant les cours anglaises à l'encontre des éditeurs de ces deux journaux, sur la base de la publication en Angleterre de l'article.²⁴⁷

242. Informons au passage que cet arrêt traite en fait de deux demandes séparées, chacune dirigée vers l'une des journaux mis en cause ici. Ces deux actions furent jointes pour des questions d'économie de procédure, mais furent considérées séparément par le juge de la *High Court*.²⁴⁸

243. Les deux sociétés d'édition défenderesses purent de manière assez précise comptabiliser le nombre de publications effectives au sein de la juridiction anglaise. Le *New York Times* fut distribué à l'échelle de 190 exemplaires papier en Angleterre, auxquelles s'ajoutèrent quatre visites sur le site Internet.²⁴⁹ L'*International Herald Tribune*, elle, ne fut pas distribuée dans cet État. Seuls 27 internautes anglais consultèrent l'article via son site.²⁵⁰

244. La question était donc de savoir si les demandes afférentes à chacune de ces publications ne constituaient pas un *abuse of process*. Le cas du second journal, surtout, portait à équivoque : il était douteux que le dommage subi par les quelques 27 accès au site Internet ait été significatif.

²⁴⁶ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 17.12.08, *John Alexis Madras v. New York Times Company / International Herald Tribune SAS*, [2008] EWHC 3135 (QB).

²⁴⁷ *Ibid.*, par. 1-5.

²⁴⁸ *Ibid.*, par. 1.

²⁴⁹ *Ibid.*, par. 21-26. Ces chiffres, ainsi que ceux de la publication de l'autre journal, furent cependant remis en question par le demandeur. Ils restent cependant un bon étalon pour juger de l'application de cet *abuse of process*.

²⁵⁰ *Ibid.*, par. 27-30.

2) *L'arrêt de la High Court of Justice*

245. Cela ne fut pas l'avis du juge EADY. Citant l'arrêt *Gutnick*, il rappela la conception selon laquelle un éditeur, en postant un article sur Internet, s'adressait directement au monde entier et acceptait implicitement les risques inhérents à une telle manœuvre.²⁵¹ Il rappela également l'importance de la protection de la réputation des victimes de diffamation au sein du système anglais.²⁵²

246. Au vu de ces éléments, il estima que l'outil de *l'abuse of process* ne pouvait être conçu que de façon très restrictive. Ce n'est qu'à l'occasion de cas de figure extrêmement rares, dont le résultat serait clairement choquant, que son emploi serait justifié. L'arrêt *Jameel*, dans lequel la publication était limitée à 5 exemplaires dont trois émanant du camp du défendeur, était un tel cas extrême.²⁵³ Mais cette affaire-ci n'entraîna pas dans cette définition. Tant les 194 publications du *New York Times* que les 24 publications de l'*International Herald Tribune* lui permirent de retenir un dommage suffisant. Le juge reconnut que, en ce qui concernait le deuxième journal, ces derniers seraient « modestes ». Mais ils étaient suffisants pour maintenir l'action, et à échapper à la limite de *Jameel*.²⁵⁴

247. Enfin, il conclut son jugement en niant toute accusation de *forum shopping*. Il argumenta que M. Mardas était certes un ressortissant grec vivant dans ce pays, mais qu'il avait vécu quelques années en Angleterre, qu'il y était connu, et qu'une partie de sa famille s'y trouvait. Il disposait donc d'une forte réputation dans cette juridiction, qui méritait d'être défendue.²⁵⁵

248. Conformément aux termes trouvés dans cet arrêt, la limite de *l'abuse of process* ne s'appliquera que très rarement. Ce n'est qu'à l'occasion de cas où la publication sera prouvée comme n'excédant pas la dizaine ou la quinzaine de consultations qu'elle pourra opérer. Elle n'est donc qu'une protection très maigre, qui ne vaudra que pour les cas d'abus les plus flagrants.²⁵⁶ Cet arrêt n'ayant pas donné lieu à un recours, on peut se demander si la *Court of Appeal* aurait rejoint cette conception restrictive prônée par le juge EADY. En l'absence d'une telle jurisprudence, nous considérerons, pour notre partie analytique, que cette interprétation est celle en vigueur dans le système anglais.

²⁵¹ *Ibid.*, par. 17.

²⁵² *Ibid.*, par. 12-13.

²⁵³ *Ibid.*, par. 14-15.

²⁵⁴ *Ibid.*, par. 31-35.

²⁵⁵ *Ibid.*, par. 38.

²⁵⁶ Faisant la même constatation, voir ROBERT BALIN / LAURA HANDMAN / ERIN REID, *Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American perspective*, *op. cit.*, p. 317-318; BRID JORDAN, *Case Comment*, *John Alexis Mardas v. New York Times Company and John Alexis Mardas v. International Herald Tribune SAS*, Ent. L. R. 2009, 20 (4), p. 161ss; SARAH STAVELEY-O'CARROLL, *Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?*, *op. cit.*, p. 264-265. Estimant cette résiduellement utile, voir ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, *Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation*, *op. cit.*, p. 175. Pour une appréciation de cet outil dans le cadre de la réforme du droit anglais de la diffamation, voir *Libel Working Group Report*, par. 11-12, 27 et 33.

§ IV. Conclusion : un large pouvoir juridictionnel

249. Au cours de ce chapitre, nous avons montré que les cours anglaises se reconnaissent facilement comme compétentes vis-à-vis de diffamations commises par Internet. Les arrêts analysés ici montrent que cela est le cas même si le litige en question n'a que peu ou pas de liens avec cette juridiction, et même si le site mis en cause n'a été consulté que par une poignée d'internautes anglais. A cet effet, deux caractéristiques saillantes de l'approche anglaise seront à retenir.

250. Tout d'abord, il y a ce choix, hérité de l'affaire *Gutnick*, en faveur du critère de l'accessibilité. Celle-ci fait que l'exploitant de tout site disponible en Angleterre sera possiblement amené à se défendre devant les juridictions de cet État. En considérant notamment que celui qui emploie Internet en tant que media vise forcément une activité internationale et transnationale, les cours anglaises ont catégoriquement refusé d'appliquer toute considération basée sur le *targeting test*. L'accessibilité pure règne donc encore pleinement en Angleterre. C'est également le cas en Australie où *Gutnick* est encore un précédent solide.

251. Ensuite, nous avons vu que les juges anglais considèrent deux conditions à l'exercice de leur compétence : il faut que le demandeur ait une réputation à défendre en Angleterre, et que l'action en elle-même ne constitue pas un *abuse of process*. La jurisprudence examinée jusqu'alors nous a permis de conclure que ces limites ne sont pas des garde-fous efficaces. En ce qui concerne la réputation, il suffira qu'un demandeur soit connu à l'échelle internationale ou qu'il visite régulièrement l'Angleterre pour que cette exigence soit remplie. Quant à l'*abuse of process*, il ne s'appliquera qu'aux cas de *forum shopping* les plus abusifs dans lesquels le site diffamatoire n'a été consulté que par moins d'une dizaine de visiteurs anglais.

252. Ainsi, malgré les efforts vus dans *Jameel* de limiter quelque peu la portée de la compétence anglaise, il nous faut conclure que celle-ci reste particulièrement large.²⁵⁷ Le dernier arrêt que nous avons analysé, soit l'arrêt *Mardas v. New York Times*, exemplifie notre constatation. Le demandeur de cette affaire était certes « connu » en Angleterre, mais n'y déployait pas d'activité particulière. De plus, seuls

²⁵⁷ Une condition que nous n'avons pas traitée dans notre texte, mais qui pourrait avoir un poids, est l'obligation de prouver la publication. En effet, même si le dommage afférant à une publication en Angleterre est présumé, la publication elle-même n'est elle pas présumée. En d'autres termes, il appartiendra au demandeur de prouver que le site incriminé a été consulté en Angleterre. Cependant, deux éléments nous amènent à penser que, en pratique, cette condition n'aura que peu d'influence sur les décisions. Premièrement, car la preuve de la consultation d'un site dans le territoire du for est souvent apportée par le défendeur. Ce fut le cas dans les arrêts *Gutnick*, *Jameel* et *Madras*. Deuxièmement, parce que les juges anglais ont tendance à très rapidement assumer que la publication a eu lieu dès que le site est « connu », comme vu dans *Lewis v. King*. Pour plus de détails, voir *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 12.05.06, *Amoudi v. Brisard*, [2006] EWHC 1062 (QB) (confirme cette exigence dans le cadre d'Internet); *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 6.02.04, *King v. Lewis*, [2004] EWHC 168 (QB), par. 26 (le fait de la publication est vraisemblable dès qu'un site est connu). Pour un cas où cette condition fut déterminante, voir *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 26.05.10, *Brady v. Norman*, [2010] EWHC 1215 (QB) (estime que le journal interne d'une entreprise s'adresse par nature à un public restreint, et que sa simple disponibilité sur Internet n'est pas suffisante pour rendre la publication vraisemblable sans preuve matérielle de sa consultation). Voir enfin BERNHARD MAIER, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?*, *op. cit.*, p. 153.

27 accès au texte diffamatoire avaient été relevés. A notre avis, il s'agissait d'un cas clair de *forum shopping*, qui aurait mérité plus de retenue ou au moins une motivation plus approfondie de la part du juge.

253. Cette conclusion sur la compétence anglaise ne sera pourtant pas notre dernier mot. En matière de cas extra-européens, les juges anglais disposent, une fois la compétence normalement acquise, de l'outil dit du *forum non conveniens*. Celui-ci permet de rejeter sa compétence, tant bien même qu'elle serait justifiée au vu des règles vues ci-dessus, au motif que le for anglais n'est pas *in casu* approprié pour traiter de la dispute.

Section III Forum non conveniens

§ I. Notion

254. Le test dit de *forum non conveniens* se présente sous la forme d'une analyse *ad-hoc* qui permet au juge de *common law* de se déclarer incompétent s'il lui apparaît que le tribunal situé en un autre lieu est plus approprié pour traiter du litige. L'objectif est de voir si, selon les circonstances de l'espèce, le litige ne serait traité de façon plus satisfaisante pour toutes les parties dans un État autre que l'Angleterre.

255. S'agissant d'un test *ad-hoc*, et largement laissé à l'appréciation du juge, les critères formant le *forum non conveniens* sont nombreux et peuvent varier selon les cas envisagés. On prêterait attention à des considérations diverses comme le lieu de la résidence des parties, leurs liens avec les diverses juridictions en jeu, la présence géographique des témoins et des preuves propres au litige, ou encore au droit possiblement applicable sur le fond.²⁵⁸

256. En matière d'actes illicites, l'un des critères les plus importants dans le test du *forum non conveniens* anglais est traditionnellement celui du lieu du délit. Les juges considèrent que la survenance du dommage sur le territoire de l'Angleterre est une preuve *prima facie* que les tribunaux de cet État sont le plus appropriés pour traiter de la dispute. En matière de diffamation, cela signifie que la publication en Angleterre du texte diffamatoire aura une importance capitale dans l'appréciation de ce test.²⁵⁹

257. Enfin, si les critères retenus désignent un autre tribunal que celui du for anglais, il pourra malgré tout décider de retenir l'exercice de sa compétence, s'il

²⁵⁸ *House of Lords*, 19.11.86, *Spliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, E.C.C. 168. Au sujet des critères possibles influant sur le *forum non conveniens*, voir CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 119-129; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 426-440; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 22-33. Dans le contexte plus précis d'Internet, voir MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, pars. 26.09-26.15.

²⁵⁹ *Court of Appeal*, 1984, *The Albaforth*, [1984] 2 LI LR 91; *Court of Appeal, Civil Division*, 21.03.97, *Schapiro v. Ahronson*, [1997] EWCA Civ 1303; *House of Lords*, 11.05.00, *Berezovsky v. Michaels*, [2000] UKHL 25, *per* Lord STEYN, point 4.

estime que la procédure étrangère péjorerait excessivement les droits du demandeur. Cela serait par exemple le cas si le tribunal désigné était reconnu pour être beaucoup plus lent et coûteux que la procédure anglaise.

258. Dans notre problématique, les contours du *forum non conveniens* ont été définis dans l'arrêt *Lewis v. King*, que nous avons déjà entrevu plus haut. Après un nouveau regard sur cet arrêt, nous procéderons à un tour d'horizon de la jurisprudence anglaise en la matière, pour voir comment le *forum non conveniens* a été appliqué. Mais, avant cela, il nous sera utile de faire deux précisions générales concernant l'emploi du *forum non conveniens* dans le cadre de notre sujet.

A) *Distinction entre le forum non conveniens proprement dit et le forum conveniens*

259. Traditionnellement, le *forum non conveniens* au sens propre se conçoit comme une étape supplémentaire de la procédure judiciaire, qui se déroule après l'analyse de la compétence. Lorsque cette dernière est retenue par le juge, le *forum non conveniens* est une possibilité pour le défendeur de prouver que le litige a plus de liens avec une autre juridiction.

260. Ce schéma n'est pas celui qui nous intéressera. Lorsqu'un demandeur tente d'attirer un défendeur étranger devant une cour anglaise sur la base de l'un des chefs prévu de la section 6.36 *CPR*, y compris le lieu du dommage, il doit de manière anticipée montrer que l'Angleterre est le for idéal pour traiter du litige. C'est ce que l'on appelle l'exigence du *forum conveniens*. Matériellement, les deux notions sont régies par les mêmes principes, mais se distinguent par deux éléments: le fardeau de la preuve, qui incombe au demandeur dans les cas de *forum conveniens*, et la place de ce test au sein de la procédure judiciaire. En effet, le test de *forum conveniens* est déplacé au stade de l'analyse de la compétence, et peut quelquefois sembler se confondre avec cette dernière.²⁶⁰

261. En matière de diffamation par Internet, le test prendra souvent la forme du *forum conveniens*. En pratique, les demandeurs se fondent systématiquement sur le chef de compétence afférant au dommage commis dans la juridiction anglaise, qui exige cette variation du test. Ne soyons pas surpris de retrouver ces quelques particularités au sein de la jurisprudence analysée ci-après. Au niveau terminologique, nous emploierons le terme *forum non conveniens* pour parler de cette doctrine en général, et *forum conveniens* pour désigner précisément l'emploi de cette variation.

²⁶⁰ *House of Lords*, 14.10.93, *Seaconsar Far East v Bank Markazi Jomouri Islami Iran*, [1993] 4 All ER 163. Voir aussi CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 104-105; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 399-407; CLIVE GRINGRAS, *The Laws of the Internet*, *op. cit.*, p. 154-156; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 15-16.

B) Exclusion du système européen

262. Rappelons enfin que tous les développements afférant à la notion de *forum non conveniens* concernent uniquement les cas ne tombant pas dans le champ d'application du règlement Bruxelles I,²⁶¹ ou, le cas échéant, de la Convention de Lugano.²⁶² Dans l'arrêt *Owusu v. Jackson*,²⁶³ la CJUE n'a toute place pour le *forum non conveniens* au sein de l'appareil communautaire. Cette doctrine est donc inapplicable pour tout cas tombant dans le régime européen de compétence.²⁶⁴

263. Gardons donc en tête, dans notre analyse, que le système anglais de *forum non conveniens* est à deux vitesses : il suffira que le défendeur aie son domicile dans un État contractant pour que cette protection, et l'entier la discussion y afférente, lui soit niée.

§ II. Confrontation entre la doctrine du forum non conveniens et Internet : l'arrêt Lewis v. Don King

264. Nous avons vu ci-dessus que l'arrêt *Lewis v. King* fut l'occasion pour la *Court of Appeal* de considérer les règles anglaises de compétence telles qu'appliquées à la publication par Internet. Mais, au-delà de cet aspect, il fut porteur d'une reformulation du *forum non conveniens*, également à la lumière de cette problématique. Il nous est maintenant opportun de revisiter cette affaire sous ce second éclairage.

A) Contexte du litige

265. Rappelons brièvement les faits : Don King, le promoteur américain, intenta une action en diffamation devant les tribunaux anglais à l'encontre du boxeur anglais Lennox Lewis ainsi que de son avocat, Judd Burstein. Sa demande portait sur la publication par Internet en Angleterre de deux articles dans lesquels cet avocat le traitait d'antisémite.²⁶⁵

266. Bien que toutes les parties résidaient aux États-Unis, et que les articles étaient rédigés à l'occasion d'un litige judiciaire américain, le juge de première instance retint sa compétence à l'encontre des deux défendeurs. Cela, parce que Don King était connu en Angleterre, et que la publication y avait eu lieu. Au niveau du

²⁶¹ 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, JOCE L 12/1.

²⁶² Convention du 30 Octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL), RS 0.275.12.

²⁶³ *CJCE*, 01.03.05, *Owusu c. Jackson*, RJ 2005 p. I-01383.

²⁶⁴ MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 26.02-26.06; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 475-476; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, par. 6-023.

²⁶⁵ Pour notre présentation détaillée des faits, voir *supra* p. 67-68.

test de *forum conveniens*, ces mêmes éléments factuels furent suffisants pour le convaincre que le for anglais était approprié pour traiter de la dispute. Après tout, Don King souhaitait défendre sa réputation en Angleterre, et un tribunal anglais était logiquement le meilleur lieu pour ce faire.²⁶⁶

267. A la suite de cet arrêt, Lennox Lewis régla le litige à l'amiable avec Don King. M. Burstein, seul défendeur restant, fit recours devant la *Court of Appeals*.²⁶⁷ La partie de son argumentaire nous intéressant spécifiquement ici reposa sur une prétendue mauvaise application par le juge inférieur de la notion de *forum non conveniens*. De trois façons, il considéra que le juge anglais devait se dessaisir pour s'accorder avec cette doctrine.

268. En premier lieu, il estima qu'étant donné les liens ténus entre les parties et l'Angleterre, cette demande constituait un grave *forum shopping*, qui pouvait justifier la protection accordée par le *forum non conveniens*. En second lieu, l'ubiquité de la publication sur Internet aidant, une action portée en Angleterre lui était imprévisible au moment où il a consenti aux interviews reproduits sur les sites. Un for situé dans une juridiction aussi surprenante ne pouvait donc aucunement être approprié. Enfin, il soutint que le for anglais était plus éloigné et plus coûteux pour les deux parties américaines qu'un for situé dans leur État commun. Ensemble, ces considérations montraient que le vrai *forum conveniens* se trouvait aux États-Unis, et non en Angleterre.²⁶⁸

B) L'arrêt de la Court of Appeal

269. Pour traiter adéquatement de cette question, la *Court of Appeal* passa en revue le test de *forum non conveniens*. Elle le découpa en quatre éléments qui formaient selon elle son squelette juridique.

270. Tout d'abord, elle rappela le point de départ du *forum non conveniens* en matière d'actes illicites : le lieu dans lequel le dommage a été subi était présumé être le lieu le plus approprié pour traiter de la dispute. Lorsqu'il était question d'une diffamation commise en Angleterre, cet État avait de grandes chances d'être reconnu comme le *forum conveniens*. Cette présomption n'était pas complètement irréfragable : si les trois autres éléments du test pointaient en direction d'un autre État, ce dernier pouvait être reconnu comme plus approprié.²⁶⁹

271. Comme deuxième point de réflexion, la cour identifia les rapports entre les parties et les juridictions en jeu. Moins celles-ci avaient de liens avec le for anglais, moins cette présomption pour le lieu anglais de la publication était forte.²⁷⁰

²⁶⁶ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 06.02.04, King v. Lewis, [2004] EWHC 168 (QB), par. 23-25.

²⁶⁷ *Court of Appeal, Second Division*, 19.10.04, Lennox Lewis v. Don King, [2004] EWCA Civ 1329.

²⁶⁸ *Ibid.*, par. 11-16.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 24-27.

²⁷⁰ *Ibid.*, par. 27.

272. Son troisième point engloba la nature spécifique de la publication par Internet. Comme nous l'avons déjà présenté au cours de notre partie sur la compétence, la *Court of Appeal* ne fut pas convaincue que le réseau nécessitait une adaptation spécifique du droit. Pour elle, ce média n'avait rien d'exceptionnel et toute personne qui l'employait était consciente qu'elle s'exposait aux tribunaux et aux lois du monde entier.²⁷¹ Mais dans le cadre précis du *forum non conveniens*, elle concéda qu'Internet pouvait poser quelques problèmes : l'internationalité de son mode de publication permettait à une dispute d'arriver plus facilement devant un for inapproprié, ce qui était contraire au but avoué de ce test. Pour prévenir à ces situations, elle préconisa qu'en matière d'Internet, l'analyse du *forum non conveniens* se devait d'être plus « robuste », et d'avoir une « texture plus ouverte » que dans un autre type de cas. Mais elle ne donna pas de précisions permettant de substantier la portée ces termes.

273. Enfin, son dernier point concerna la notion d'avantage juridictionnel. Celle-ci impliquait, une fois qu'un autre for était considéré comme plus approprié que le for anglais, une comparaison entre les avantages offerts aux parties par ces deux alternatives.²⁷² Ceci avait pour but de déterminer si, au vu du sentiment de la justice anglaise, il n'était pas choquant de voir l'action portée dans ce for étranger. Le cas échéant, la compétence anglaise se devait d'être malgré tout retenue.²⁷³

274. Comme conclusion à ses développements théoriques, la cour insista sur le fait que ces quatre critères n'étaient pas des règles de droit strictes, et que selon les circonstances du cas, le juge disposait d'une grande liberté d'appréciation dans leur détermination. Plus que quatre étapes rigides à traiter successivement, il s'agissait plutôt de quatre considérations malléables dont la portée variait avec les circonstances des cas.²⁷⁴

275. Une fois ces considérations théoriques exposées, elle examina la décision de l'instance inférieure. Même si celle-ci était rédigée de façon ambiguë, notamment en ce qui concernait la quatrième considération, cela n'était pas suffisant pour retenir une mauvaise application du *forum non conveniens*. Elle rejeta alors de façon sommaire le recours de Judd Burstein. Et ce, malgré tous les développements théoriques exposés ci-dessus.²⁷⁵

²⁷¹ Pour un exposé des arguments de la cour en ce sens, voir *supra* p. 68.

²⁷² Ces avantages peuvent tant bien comprendre la présence ou non de certains postes de dommages, des différences de limites de prescription ou d'avantages de droit de fond.

²⁷³ *Lewis v. King*, par. 37.

²⁷⁴ *Ibid.*, par. 35-36.

²⁷⁵ *Ibid.*, par. 40-45. Voir également les commentaires de MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 26-29; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 26-27; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, pars. 6-077 et 6-078.

276. Cette brutale conclusion reflète la réalité pratique de l'application anglaise du *forum non conveniens* à la diffamation par Internet. La plupart du temps, la présomption d'un *forum conveniens* au lieu de la publication en Angleterre sera tellement irrésistible qu'elle justifiera à elle seule l'adéquation du for anglais. Un exposé du reste de la jurisprudence en la matière nous permettra d'appuyer cette constatation, et de voir que, malgré le caractère *ad-hoc* de ce test, les mêmes considérations se retrouvent de cas en cas.

§ III. Autres applications jurisprudentielles de la doctrine du *forum non conveniens*

277. La pratique des tribunaux anglais nous montre que l'outil de *forum non conveniens* n'est quasiment pas employé pour venir freiner un cas de diffamation transfrontière pouvant relever du *forum shopping*. L'arrêt *Lewis v. King*, vu ci-dessus, est certes un exemple parlant, mais il est n'est point le seul. Voici donc un aperçu du reste de cette jurisprudence, tant antérieure que postérieure à *Lewis v. King*.

278. Un premier exemple de cette pratique se trouve dans l'arrêt *Berezovsky v. Michaels*,²⁷⁶ rendu en 2000 par la *House of Lords*. Dans celui-ci, il était question d'une action, intentée par deux ressortissants russes à l'encontre du magazine américain Forbes. Elle était fondée sur la distribution en Angleterre de quelques 2'000 exemplaires papier d'un journal dont le tirage total avoisinait les 785'000 unités. A cela s'ajoutèrent une poignée de consultations exécutées via Internet. Une majorité de 3 Lords estima que l'Angleterre était le *forum conveniens*, parce que le dommage s'y était produit, parce que la demande était limitée aux dommages locaux, et parce les demandeurs y disposaient d'une réputation à protéger.²⁷⁷ Les deux Lords dissidents, dans leurs discours, soulignèrent en vain les risques de *forum shopping* qu'une telle approche allait apporter.²⁷⁸

279. La même réflexion se retrouve dans un arrêt de 2003 rendu par la *High Court of Justice, Harrods Ltd. v. Dow Jones*.²⁷⁹ Une chaîne anglaise de magasins attaqua la société américaine d'édition Dow Jones sur la base d'un article publié dans le *Wall Street Journal*. Celui-ci n'était pourtant écoulé qu'à la hauteur d'une dizaine d'exemplaires en Angleterre, et n'avait été consulté que par une poignée d'internautes anglais.²⁸⁰ Le juge concéda que cette procédure pouvait être coûteuse

²⁷⁶ *House of Lords*, 11.05.00, *Berezovsky v. Michaels*, [2000] UKHL 25.

²⁷⁷ *Ibid.*, per Lords STEYN, HOBHOUSE, et NOLAN.

²⁷⁸ *Ibid.*, per Lords HOFFMAN et HOPE. Voir également ROBERT BALIN / LAURA HANDMAN / ERIN REID, *Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American perspective*, *op. cit.*, p. 316-317; MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, pars. 26.17-26.22; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, par. 6-040; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 26.

²⁷⁹ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 22.05.03, *Harrods Ltd. v. Dow Jones & Company Inc.*, [2003] EWHC 1162 (QB).

²⁸⁰ *Ibid.*, par. 4.

et encombrante pour le défendeur étranger.²⁸¹ Mais, à nouveau, il estima que la demande, limitée aux dommages anglais, portait sur une réputation située en Angleterre et entachée par une publication effectuée en ce lieu. De ce fait, cette juridiction était le *forum conveniens*.²⁸²

280. Un autre exemple venant de la *High Court of Justice*, qui est cependant peut-être plus ambigu, est l'arrêt *Richardson v. Schwarzenegger*.²⁸³ Au cours d'une campagne électorale californienne, le célèbre acteur et politicien Arnold Schwarzenegger fit publier un texte explicatif au sujet de témoignages l'accusant de harcèlement sexuel. Dans celui-ci, son équipe de campagne alléguait que l'une des supposées victimes de ce harcèlement, qui était une speakerine anglaise, avait menti et que c'était en réalité elle qui avait eu un comportement inapproprié. Ce communiqué était voué au public électoral californien, mais il se retrouva dans le *Los Angeles Times* dont l'édition en ligne était disponible en Angleterre. La speakerine en question se fonda sur ce dernier fait pour intenter une action en diffamation.²⁸⁴

281. Lors de l'analyse du *forum conveniens*, le juge se fonda exclusivement, et peut-être à juste titre, sur le fait que la défenderesse était de nationalité anglaise et résidait en ce lieu. Le centre de son activité et de sa réputation entachée se trouvant en Angleterre, un for en ce lieu était justifié.²⁸⁵ Mais le défendeur alléguait, peut-être également à juste titre, que ce texte n'avait pas été publié en Angleterre de son propre chef. Sa mise à disposition sur Internet était le fait du *Los Angeles Times*, et non de son équipe électorale. Il n'était donc pas responsable de cette publication. Il rajouta que, s'agissant d'un texte à caractère politique publié officiellement au sein d'une élection californienne, le for anglais n'était pas approprié.²⁸⁶ En vain : s'inspirant des considérants de *Lewis v. King*, le juge estima qu'il n'y avait aucune différence entre une personne mettant un texte sur Internet volontairement, et une personne dont les propos s'y retrouvaient fortuitement. Étant donné les liens forts entre la demanderesse et l'Angleterre, cette juridiction ne pouvait être que le *forum conveniens*.²⁸⁷

²⁸¹ *Ibid.*, par. 40.

²⁸² *Ibid.*, par. 43-45. Voir également MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 26.39; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, par. 6-076.

²⁸³ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 29.10.04, *Richardson v. Schwarzenegger*, [2004] EWHC 2422 (QB).

²⁸⁴ *Ibid.*, par. 2-4.

²⁸⁵ *Ibid.*, par. 22-24.

²⁸⁶ *Ibid.*, par. 27.

²⁸⁷ *Ibid.*, par. 28-31. Voir également RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 27.

282. Enfin, il existe un arrêt *Chadha v. Dow Jones*,²⁸⁸ datant de 1999, dans lequel le *forum non conveniens* a servi à rejeter un cas de diffamation transnationale. Mais il concernait une publication papier et les termes de la décision étaient eux-mêmes assez vagues. Apparemment, les parties étaient américaines, et n'avaient aucun lien avec l'Angleterre. Ancien et peu loquace, cet arrêt ne devrait pas réellement remettre en question notre conclusion, vers laquelle nous passons maintenant.

§ IV. Conclusion : une limite sous-exploitée dans la pratique

283. En théorie, le *forum non conveniens* doit servir à rejeter les affaires qui n'ont aucun lien avec la juridiction anglaise. La pratique nous a cependant montré que cette doctrine n'a que peu été employée à cet effet. Trop facilement, les juges se fixent sur le fait que le dommage a été commis en Angleterre pour présumer que le for anglais est approprié. Nous pouvons conclure que cet outil n'est dans les faits pas été une limite très stable au large pouvoir juridictionnel accordé aux cours anglaises.²⁸⁹

284. Au-delà de ce constat général, nous pouvons aussi déplorer que l'utilisation par les juges anglais de ce *forum non conveniens* ne traduit pas forcément toutes les qualités inhérentes à cette doctrine. Lorsqu'il s'agit de déterminer le *forum conveniens*, les juges s'attachent principalement à deux considérations : le lieu de la publication et l'existence de la réputation du demandeur au sein de la juridiction. Passés sous silence sont d'autres éléments qui pourraient pourtant être pertinents dans ce type d'analyse : le public visé par l'article incriminé, les circonstances de sa rédaction, les coûts et les difficultés liées aux déplacements des parties étrangères, les soupçons de *forum shopping*, ou encore l'existence d'une procédure connexe dans une autre juridiction. On peut donc critiquer que, plutôt que de s'aider d'une série de critères *ad-hoc* adaptés aux circonstances des cas, ils préfèrent s'appuyer sur des considérations qui se recoupent avec l'analyse de la compétence proprement dite. De ce fait, le test de *forum non conveniens* n'apporte pas grand-chose de plus à la réflexion sur l'adéquation entre le for et le litige.²⁹⁰

²⁸⁸ *Court of Appeal, Civil Division*, 14.05.99, *Chadha v. Dow Jones*, [1999] EWCA Civ 1415. Voir également ROBERT BALIN / LAURA HANDMAN / ERIN REID, *Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American perspective*, *op. cit.*, p. 317M; MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 26.23.

²⁸⁹ Effectuant la même critique, voir ROBERT BALIN / LAURA HANDMAN / ERIN REID, *Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American perspective*, *op. cit.*, p. 316; MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 26.23; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 29; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, par. 6-043. Pour une vision plus pragmatique, voir *Libel Working Group Report*, par. 13 et 33.

²⁹⁰ MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 26.23 ; CLIVE GRINGRAS, *The Laws of the Internet*, *op. cit.*, p. 154-156 (ces auteurs estiment qu'en pratique, une pluralité de facteurs devrait normalement être prise en compte dans cette étape de la procédure anglaise).

285. En l'état, il suffira donc à un demandeur étranger de montrer qu'il dispose d'une réputation en Angleterre, et qu'une publication y a eu lieu. Cela lui permettra de non seulement justifier la compétence des tribunaux anglais, mais aussi convaincre du même coup les juges anglais de ne pas rejeter sa demande pour motif de *forum non conveniens*.

Section IV Droit applicable

286. Nous avons vu jusqu'à présent que les cours anglaises se reconnaissent facilement comme compétentes à l'encontre de défendeurs étrangers exploitant des sites Internet. Mais Londres ne serait pas pour autant réputée comme une capitale du *forum shopping* si les règles de fond anglaises, peu favorables aux éditeurs, ne s'appliquaient que rarement aux cas d'espèce.

287. En l'occurrence, les juges anglais appliqueront de façon systématique le droit anglais à ce type de cas. C'est ce mécanisme, dont fait partie la règle de *double actionability*, que nous allons présenter dans les lignes qui suivent. Nous le ferons de façon brève, car la méthode anglaise ne nous offre aucune vraie piste de réflexion en vue de notre recherche de solutions.

§ I. La règle de la double actionability

288. L'Angleterre étant membre de l'Union Européenne, ses règles de conflit de lois en matière extracontractuelle se trouvent dans le règlement Rome II. La diffamation étant toutefois exclue du champ d'application de ce document, les règles internes anglaises s'y appliquent encore pleinement.²⁹¹

289. Avant l'arrivée de la législation communautaire, les règles de conflit de lois se trouvaient codifiées dans le partie III du *Private International Law Act (PILA)*.²⁹² Ce *statute* avait pour effet de remplacer dans de nombreux domaines les règles de conflit traditionnelles trouvées dans la *common law*.²⁹³ Toutefois, la diffamation était exclue de son champ d'application. C'est donc la *common law*, et plus particulièrement le principe dit de la *double actionability*, qui s'appliquait et s'applique encore.²⁹⁴

²⁹¹ 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»), JOCE L 199/40.

²⁹² *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* (ci-après: PILA), <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950042_en_1> (dernière visite le 16.06.12). Pour une présentation détaillée de ce document, voir RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws, op. cit.*, p. 131-132 et 143ss.

²⁹³ Sec. 10 PILA.

²⁹⁴ Sec. 13, ch. 1 PILA. Voir CHRISTOPHER M. V. CLARKSON / JONATHAN HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws, op. cit.*, p. 258-266; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, op. cit.*, pars. 35-129 à 35-134; DICKINSON, Andrew, *The Rome II Regulation*, pars. 3.222-3.225, JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire*,

290. La *double actionability* est une règle de conflit de lois qui tend à mettre dans la même perspective tant la *lex fori* que *lex loci delicti*. Elle implique que les demandeurs ne peuvent obtenir compensation pour une atteinte illicite que si elle est actionnable dans ces deux lois en même temps. Il faudra donc que le délit soit reconnu tant par le droit anglais que par le droit du lieu de la survenance du délit. Inversement, le défendeur pourra faire valoir des exceptions de fond contenues dans les deux lois. Si elle aboutit sur un résultat insatisfaisant, cette règle pourra être tempérée par une exception de flexibilité qui permet de faire primer la *lex loci delicti* ou la *lex fori* selon leurs liens particuliers avec le cas.²⁹⁵

291. Pour que ce double contrôle ait un sens, il faut que la *lex loci delicti* et la *lex fori* soient différentes. Cela implique que la *double actionability* ne trouvera application que si le délit a été commis en dehors de la juridiction anglaise. Si le dommage se situe uniquement en Angleterre, cette comparaison disparaît d'elle-même, et le droit anglais sera appliqué sans autres considérations.²⁹⁶

§ II. Application à la problématique et prééminence de la *lex fori*

292. La fin du paragraphe précédent sous-tend le peu d'influence qu'exerce la *double actionability* dans notre domaine : lorsque la demande limite ses prétentions au dommage en Angleterre d'une diffamation commise sur Internet, la question ne se posera même pas et le droit anglais sera désigné en tant que tant la *lex fori* et la *lex loci delicti*.²⁹⁷

293. Dans les cas soumis au droit communautaire, l'arrêt *Shevill* restreint en amont les prétentions de l'action portée au lieu de la matérialisation du dommage au montant du dommage local subi. En d'autres termes, un demandeur ne pourra que réclamer le dommage anglais et se verra appliquer le droit anglais.²⁹⁸ Dans les cas situés en dehors de ce régime, les considérations de *forum non conveniens* seront à même d'amener les demandeurs à limiter d'eux-mêmes les dommages réclamés à

North & Fawcett Private International Law, *op. cit.*, p. 868-869; RUTH HAYWARD, Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 132-143.

²⁹⁵ *Exchequer Chamber*, 23.06.1870, *Philips v. Eyre*, (1870-71) LR 6 Q.B. 1; *House of Lords*, 25.06.69, *Chaplin v. Boys*, [1969] 3 W.L.R. 322; *Judicial Committee of The Privy Council*, 18.07.94, *Red Sea Insurance Company Ltd. v. Bouygues S.A. & ors*, [1995] 1 HKLR 224. Pour plus de détails sur l'application de cette règle, voir les auteurs cités en note précédente, ainsi que MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, pars. 27.03-27.15.

²⁹⁶ *Court of Appeal*, 05.05.46, *Szalatnay-Stacho v. Fink*, [1947] K.B. 1.

²⁹⁷ MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 27.28-27.29; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, pars. 35-142 à 35-144; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 870-871; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 27; RUTH HAYWARD, *Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 134-135; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, pars. 6-036 et 6-037.

²⁹⁸ Voir *infra* p. 186-187.

ceux relatifs à la juridiction anglaise. Le résultat, identique, sera l'application du droit anglais.²⁹⁹

294. De fait, c'est donc la *lex fori* qui prime, par une application automatique du droit anglais à toutes les demandes pour lesquelles les tribunaux anglais se déclarent compétents. D'ailleurs, aucun des *leading case* étudiés dans notre partie sur la compétence ne se soucie sérieusement de la question du droit applicable.³⁰⁰ De façon résiduelle, la mise en perspective permise par la *double actionability* pourrait peut-être entrer en jeu lorsque le tribunal anglais est compétent pour traiter de l'entier du préjudice diffamatoire international. Ce sera par exemple le cas lorsqu'il se trouve au lieu du domicile ou de l'établissement du défendeur au sens de l'art 2.1 du règlement Bruxelles I. Mais une telle jurisprudence dans le cadre de notre problématique nous est inconnue.³⁰¹

Section V Conclusion sur le droit positif anglais

295. Les règles anglaises de droit international privé, telles qu'elles existent aujourd'hui, mènent systématiquement à la compétence des tribunaux anglais et à l'application du droit anglais sur tout site disponible par Internet. Quelques gardes fous existent, comme l'exigence d'une réputation dans le for pour justifier l'action, l'outil de l'*abuse of process* ainsi que le *forum non conveniens*; notre étude nous amène cependant à conclure que ceux-ci sont insuffisants ou en tout cas analysés avec peu de sérieux par les juges.

296. Ce chapitre sur l'Angleterre nous a également permis d'identifier trois points de réflexion qui nous serviront lors de notre recherche de solutions.

- Les termes et les arguments contenus dans les arrêts *Gutnick* et *Lewis* nous permettent de savoir pourquoi les cours anglaises et australiennes ont opté pour le critère de l'accessibilité. Si nous estimons que cette dernière solution n'est pas appropriée, il nous faudra pouvoir y répondre de manière satisfaisante.
- Ce chapitre nous a montré que le *forum non conveniens* n'était peut-être pas une solution idéale à notre problématique. La pratique anglaise est peu satisfaisante, et cette doctrine est de toute façon exclue des cas européens.
- Enfin, l'application inconditionnelle de la *lex fori* par les tribunaux anglais souligne la difficulté d'aborder la question du droit applicable lorsque le dommage est considéré d'emblée comme local. Il nous faudra donc bien

²⁹⁹ MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 27.28; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 872.

³⁰⁰ Remarquant cette même carence, voir TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 27.

³⁰¹ LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, par. 35-149.

réfléchir au jeu entre les règles de compétence et les règles de conflit de droit applicable et de s'interroger sur le plan du droit international privé sur lequel figurera notre solution.

Section VI Perspectives d'avenir : le processus de réforme du droit anglais de la diffamation

297. Le monde anglais de la diffamation est en train de changer. Conscient des nombreuses critiques, tant internes qu'étrangères, proférées à son encontre, le législateur anglais est actuellement en train de considérer une révision de la loi. Cette remise en question ne concerne pas seulement l'écueil du *libel tourism* lié au droit international privé, mais tous les éléments propres à la conception anglaise de cet acte illicite. Procédure civile, frais, droit de fond, c'est l'entier du droit de la diffamation anglaise qui est remis en question.

298. Dans cette section, nous présenterons les différentes propositions faites à cet effet. Nous nous concentrerons uniquement sur les éléments réformateurs qui touchent directement à notre problématique de droit international privé et ne toucherons pas à ceux propres au fond ou propres à la procédure civile anglaise. La seule exception à ce choix est la réforme au sujet de la *multiple publication rule*. Ce terme étant souvent associé à droit international privé, nous pensons qu'il est opportun de démontrer pourquoi elle nous ne concernera pas. Nous annexerons donc un bref survol de cette question à ce chapitre sous la forme d'une section excursus.

299. Cette section débutera par le rapport privé établi par les associations English Pen et Index on Censorship.³⁰² Ensuite, nous traiterons du rapport officiel effectué par le Libel Working Group³⁰³ mandaté par le Ministère de la justice. Enfin, nous examinerons les traits saillants de la récente proposition de loi, entrée en consultation depuis Mars 2011.³⁰⁴

§ I. "Free Speech is not for sale": le rapport du mouvement réformateur

300. Dès 2009, une campagne réunissant deux associations de presse anglaises fut lancée afin de sensibiliser l'opinion publique ainsi que les représentants politiques

³⁰² *English Pen / Index on Censorship*, Free Speech is not For Sale, 2009, <http://libelreform.org/reports/LibelDoc_LowRes.pdf>, p. 3-6 (ci-après: Free Speech is not For Sale).

³⁰³ *Ministry of Justice*, 23.03.10, Report of the Libel Working Group, <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110322191207/>> (ci-après: Libel Working Group Report). (dernière visite le 16.06.12).

³⁰⁴ *Ministry of Justice*, 15.03.11, Draft Defamation Bill / Consultation, Cm 8020, <<http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/draft-defamation-bill-consultation.pdf>> (ci-après: Draft Defamation Bill). (dernière visite le 16.06.12).

aux problèmes que pose le droit anglais de la diffamation.³⁰⁵ Dans un rapport publié cette année, elles expliquèrent que sa sévérité impactait la libre expression de la presse, poussait les auteurs au silence, et protégeait de façon trop avantageuse la réputation des victimes. De plus, ce droit n'était pas adapté au mode de publication apporté par Internet.³⁰⁶ A l'appui de leurs convictions, elles citèrent la récente condamnation de l'Angleterre par le Comité des Droits de l'Homme.³⁰⁷

301. L'un de leurs points de contention était le phénomène du *libel tourism*. A cause d'une compétence trop facilement acceptée à l'encontre de défendeurs situés à l'étrangers, les cours anglaises étaient devenues un centre d'attraction pour les actions en diffamation. Comme solution, les associations proposèrent une règle selon laquelle la compétence ne pouvait être fondée en Angleterre que si le nombre d'exemplaires d'un document publiés dans cet État excédait les 10% de sa circulation mondiale.³⁰⁸

302. Nous pouvons déjà ici rejeter cette solution. Ce chiffrage de 10% est arbitraire, et tranche de façon trop simpliste la complexité liée à la publication par Internet. De plus, elle ne permet pas de considérer l'impact réel que peut avoir un article diffamatoire sur la réputation d'une personne.³⁰⁹

§ II. Le rapport du Libel Working Group

303. A la suite de plusieurs consultations, la *Ministry of Justice* forma un groupe de travail spécialisé sur la question, composé de représentants de divers groupes d'intérêt (*Libel Working Group*); elle leur manda la rédaction d'un rapport abordant les grands axes de la réforme. Publié en Mars 2010, celui-ci traita des problématiques suivantes : la révision du droit du fond, la révision des règles procédurales, l'abolition de la *multiple publication rule*, et, surtout, la problématique du *libel tourism*.

304. En abordant cette question, le panel opéra une réflexion en deux temps. Elle se demanda d'abord si le problème du *libel tourism* était suffisamment important pour mériter une intervention législative. Elle posa ensuite quelques pistes de réflexion en vue de trouver une solution.

A) *Gravité du libel tourism et nécessité de la réforme*

305. Abordant cette problématique d'un point de vue pragmatique, le groupe de travail rapporta que la gravité du *libel tourism* était encore fortement débattue en

³⁰⁵ <<http://www.libelreform.org>> (dernière visite le 16.06.12).

³⁰⁶ Free Speech is not For Sale, p. 3-6. Pour une critique du mouvement et de ses propositions, voir ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, *Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation*, *op. cit.*, p. 175ss.

³⁰⁷ Celle-ci est détaillée en *supra* p. 52.

³⁰⁸ Free Speech is Not For Sale, p. 9.

³⁰⁹ Dans notre sens, voir Libel Working Group Report, par. 30.

Angleterre. Bien sûr, les associations de presse qui formaient le mouvement réformateur étaient persuadées qu'il s'agissait d'un problème majeur. Mais cette opinion n'était pas partagée par tous : un large pan de praticiens, dont des avocats et des membres de la *Supreme Court*, estimaient qu'il était naturel que l'on puisse protéger la réputation anglaise des victimes de diffamation.

306. De plus, le nombre de cas de *forum shopping* portés devant les cours n'était pas si élevé que ça. Les auteurs réfractaires à la réforme pouvaient donc argumenter que le *libel tourism* était un problème fantôme, exagérément nourri par la presse et le tollé médiatique américain.³¹⁰ Cela amena le panel à considérer la question sous un angle statistique. Donnant raison au camp du *statut quo*, il constata que les litiges en diffamation transnationale portés devant les juridictions anglaises n'étaient effectivement pas foisonnants : en 2009, on ne recensa que 34 tels cas, sur 219 cas de diffamation traités au total. De plus, un certain nombre de ces cas n'étaient pas des situations comportant de *forum shopping*.³¹¹

307. Cela étant, le panel fut sensible au fait que ces statistiques ne retranscrivaient pas forcément l'impact réel de la pratique du *libel tourism* sur le monde de l'édition. La simple menace d'une procédure en Angleterre était souvent suffisante pour forcer la main des éditeurs, et une part inconnue de litiges était réglée par voie de transactions ou par un abandon de la publication. Un danger non chiffré était donc bien présent.³¹²

308. Le groupe passa ensuite à une description des règles anglaises de droit international privé, qui rejoint en grande partie ce que nous avons présenté dans ce chapitre. Il mit en exergue l'utilité très relative des limites de l'*abuse of process* et du *forum non conveniens* pour tempérer la facilité avec laquelle les cours se reconnaissaient comme compétentes.³¹³ De ces développements, il conclut que le *libel tourism* était peut-être un problème exagérément médiatisé, mais qu'il restait suffisamment préjudiciable, ne serait-ce qu'à la réputation juridique de l'Angleterre à travers le monde, pour mériter une intervention législative. Il se pencha alors sur une recherche de solutions.

B) Les propositions du Libel Working Group

309. La plupart des propositions du groupe de travail n'ont pas eu trait au droit international privé. De leurs cinq recommandations, quatre d'entre elles ont eu pour objet de rendre la procédure civile anglaise plus sévère à l'encontre d'un demandeur souhaitant attirer un défendeur étranger.³¹⁴ Par exemple, l'une d'entre elles

³¹⁰ Libel Working Group Report, par. 3-6. Pour un exemple d'une telle argumentation, voir ALASTAIR MULLIS / ANDREW SCOTT, *Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation*, *op. cit.*, p. 173-174.

³¹¹ *Ibid.*, par. 7 à 9, et annexes B et C.

³¹² *Ibid.*, par. 10.

³¹³ *Ibid.*, par. 11-13.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 15, point 2.

consistait à affirmer les règles régissant la preuve lors de l'établissement préalable de la procédure afin que le juge soit directement amené à considérer tout élément factuel utile pour déterminer s'il s'agit d'un cas de *forum shopping*.³¹⁵

310. Sur le terrain du droit international privé, le panel considéra l'abandon du principe de l'accessibilité comme critère de compétence. Il offrit deux pistes afin de le remplacer.

311. En premier lieu, il examina l'adoption possible d'un *targeting test*, qui prendrait en compte la destination du site ainsi que le public visé par son exploitant. Mais le panel ne fut pas entièrement convaincu par cette solution. D'abord, car il estima difficile de prouver l'intention d'un éditeur. Ensuite, car le positionnement voulu d'un site ne préjugait pas forcément de son impact réel. A titre d'exemple, le panel mentionna qu'un journal destiné à la Russie pouvait quand bien même produire des effets en Angleterre, s'il était lu par des expatriés lisant le russe. Le *targeting test* était myope face à ce type de situations.³¹⁶

312. En second lieu, il développa une proposition nouvelle, fondée sur un set de critères *ad-hoc* et non exhaustifs. Ceux-ci permettaient d'adopter une vue d'ensemble sur les liens entre le lieu du for et un cas de diffamation transfrontalière.³¹⁷ Ces critères regroupent :

- Si le site vise particulièrement le public de la juridiction anglaise comparé aux autres juridictions.
- Le nombre de publications en Angleterre comparé aux autres juridictions.
- Si le demandeur dispose d'une réputation spécifiquement anglaise à protéger.
- Si le dommage produit en Angleterre est significatif au vu du reste du dommage mondial.
- L'intensité des liens entre le demandeur et l'Angleterre, y compris le domicile, comparés avec ses rapports avec d'autres États.

Pour le développement de ce type de règles, le panel estima que le *forum non conveniens* et le *forum conveniens* étaient des contextes possibles. Il faudrait alors réviser cette doctrine pour mieux la faire épouser les contours de la diffamation.³¹⁸

313. Enfin, le panel estima que la modification des règles de compétence se devait d'être une solution de dernier ressort. Cette option soulevait des difficultés telles qu'il recommanda aux autorités législatives de se concentrer sur les quatre solutions ayant trait à la procédure civile. Ce n'était que si celles-ci se révélaient comme ineffectives qu'il fallait mettre ces questions de droit international privé sur la table.³¹⁹

³¹⁵ *Ibid.*, par. 23.

³¹⁶ *Ibid.*, par. 28-29.

³¹⁷ *Ibid.*, par. 31.

³¹⁸ *Ibid.*, par. 32.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 16, dernier point.

§ III. La Draft Defamation Bill

314. En Mars 2011, le gouvernement anglais publia une ébauche de loi réformant diffamation, et lança une nouvelle consultation sur sa possible adoption. Cette proposition se situe dans la droite lignée des études mentionnées ci-dessus, et se propose de réformer plusieurs aspects du droit anglais de la diffamation : introduction de nouvelles défenses sur le fond, suppression de la *single publication rule*, et minimisation des problèmes liés au *libel tourism*.³²⁰ La *Draft Defamation Bill* contient deux propositions d'articles qui touchent directement notre problématique.

315. La première se trouve dans son article 1, qui se présente comme suit :

« *A statement is not defamatory unless its publication has caused or is likely to cause substantial harm to the reputation of the claimant.* »³²¹

316. Cet article plaide pour l'abolition partielle de la présomption du dommage substantiel, qui est établie dès qu'un texte diffamatoire est publié en Angleterre.³²² Elle vise à empêcher les cas du type *Jameel v. Dow Jones* ou *Mardas v. New York Times*, dans lesquels il y a eu publication dans le territoire anglais mais que celle-ci est prouvée comme dérisoire. Malheureusement, le texte législatif ne décrit pas plus en détail quel serait le seuil de ce dommage substantiel, et les commentaires y affixés restent vagues.³²³

317. Deuxième proposition nous intéressant, l'art. 7 par. 2 de la proposition attaque de front la problématique du *libel tourism*, et se présente ainsi :

« *A court does not have jurisdiction to hear and determine an action to which this section applies unless the court is satisfied that, of all the places in which the statement complained of has been published, England and Wales is clearly the most appropriate place in which to bring an action in respect of the statement.* »

Le reste de l'article, non reproduit ici, limite le champ d'application de cette règle aux cas tombant en dehors du champ d'application du règlement Bruxelles I.³²⁴

318. Si acceptée, cette disposition renverserait la réflexion du juge anglais au sujet de la compétence judiciaire considérée au lieu des effets d'une publication. Il ne pourra l'accepter que s'il est certain que l'Angleterre est non seulement un lieu approprié, mais le lieu *le plus approprié* pour traiter du litige. Cela impliquerait possiblement la prise en compte de l'entier des circonstances de l'affaire, y compris la destination de la publication en question. Il nous faut appuyer le conditionnel que nous venons d'employer : à nouveau, les détails du test à appliquer ne sont pas

³²⁰ Draft Defamation Bill, p. 5-6. Pour les réactions à cette proposition de la part de la coalition pro-réformatrice, voir le lien suivant : <<http://www.libelreform.org/news/490-libel-reform-campaign-welcomes-governments-draft-defamation-bill>> (dernière visite le 16.06.12).

³²¹ *Ibid.*, Annexe A, Art. 1.

³²² Voir *supra* p. 58.

³²³ Draft Defamation Bill, p. 8-9. Soulignant ce manque de précision dans la proposition, voir LILI LEVI, *The Problem of Trans-National Libel*, 60 Am. J. Comp. L., p. 507ss, spec. p. 536-537.

³²⁴ Draft Defamation Bill, Annexe A, Art. 7, par. (1), (3) et (4).

explicités dans la proposition législative. Les notes explicatives y affixées donnent des exemples très, voire trop simplistes, et ne font qu'appeler à la précision par la voie d'une législation subséquente.³²⁵ Elles ne traitent de plus pas directement des apports possibles en matière d'Internet. Si ce n'est l'arrivée de ce renversement juridictionnel, il nous donc est ardu d'exposer ou de commenter plus en détail cette proposition.³²⁶

§ IV. Conclusion : la compétence anglaise vers l'adoption d'une autre approche ?

319. Cet aperçu des réformes proposées du droit de la diffamation en Angleterre nous permet de formuler deux conclusions.

320. Alors que l'Angleterre est actuellement l'ordre juridique le plus problématique dans notre étude, ces travaux laissent transparaître une prise de conscience progressive de ses carences. Dans le rapport du *Libel Working Group* se trouve une reconnaissance des problèmes posés par l'actuelle ferveur juridictionnelle en Angleterre. Et dans la *Draft Defamation Bill*, on constate que le législateur anglais est même prêt à renverser ses principes juridictionnels. Mais ces avancées sont encore floues, et de ces efforts, il est encore difficile à discerner une solution précise et apte à traiter de la diffamation par Internet.

321. Cela dit, ces propositions de réformes ne concernent que le domaine de la compétence judiciaire. Les règles de conflit de lois ont l'air d'être laissées de côté dans ce processus de révision, et elles n'y sont d'ailleurs mentionnées nulle part. Il est regrettable que le législateur anglais ait choisi une voie unique qui ne permette pas de débattre utilement sur les solutions possibles en matière de droit applicable.³²⁷

³²⁵ Dans le texte: « *This would mean that, for example, if a statement was published 100,000 times in Australia and only 5,000 times in England that would be a good basis on which to conclude that the most appropriate jurisdiction in which to bring an action in respect of the statement was Australia rather than England. It is important to bear in mind however, that there will be a range of factors to take into account including, for example, whether there is reason to think that the claimant would not receive a fair hearing elsewhere.[...] The draft Bill does not include a detailed list of factors for the courts to take into consideration in applying these provisions, as the range of circumstances are diverse and this would appear more appropriate to secondary legislation where a more flexible approach could be taken.* ». Draft Defamation Bill, p. 34-35. Reconnaisant cette incertitude, voir aussi LILI LEVI, *The Problem of Trans-National Libel*, *op. cit.*, p. 537-538.

³²⁶ Nous pourrions quand bien même nous interroger sur l'utilité continue d'une solution qui se limite expressément aux litiges sortant du champ d'application du règlement Bruxelles I. La révision de celui-ci apportant possiblement l'universalité de la compétence communautaire à l'encontre des défendeurs domiciliés dans des Etats tiers, la portée pratique de cette législation anglaise risque d'être bien amoindrie dans un futur proche. Pour plus de détails sur la révision du règlement, voir *infra* p. 199 et notes y relatives.

³²⁷ Voir aussi LILI LEVI, *The Problem of Trans-National Libel*, *op. cit.*, p. 539. L'auteur propose de compléter l'appareil par une solution de droit applicable fondée sur l'*interest analysis* américaine, qui ne sera pas abordée dans ce travail. Pour quelques détails et références, voir *infra* p. 133 et notes y relatives.

§ V. Excursus : l'abandon de la *multiple publication rule* dans le processus de révision du droit anglais de la diffamation

322. L'un des points importants de la réforme actuelle du droit anglais de la diffamation concerne l'abandon de la *multiple publication rule*.³²⁸

323. Nous avons vu ci-dessus que la *multiple publication rule* est la notion de *common law* qui fonde en Angleterre le principe du fractionnement de la publication diffamatoire.³²⁹ Il serait donc facile de s'imaginer que ce changement pourrait avoir un impact sur les règles juridictionnelles anglaises. Ne parle-t-on pas de passer à une publication « unique » ? En réalité, il n'en est rien. Cet abandon se placerait uniquement sur le plan interne et n'aurait aucun impact sur le droit international privé. Ce bref excursus a pour but d'éviter un amalgame terminologique : la réforme vise certes à anéantir une conséquence néfaste de l'application de la *multiple publication rule* à Internet, mais au sujet de la prescription des actions diffamatoires.

324. Selon la *multiple publication rule*, toute publication nouvelle d'un texte est un acte juridique séparé, qui fait repartir le délai de prescription imparti à une action en diffamation. Comme chaque consultation d'un article présent sur le réseau est apparenté à une publication entière, cette prescription se renouvelle à chaque fois qu'il est accédé par un lecteur quelconque. En conséquence, les actions menées à l'encontre d'un article présent sur le web sont pratiquement imprescriptibles. Cette problématique a été l'objet d'une affaire fortement médiatisée et portée auprès de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans laquelle le journal Times avait été poursuivi au sujet d'un article présent dans les archives de son site Internet. Saisie au sujet d'une violation de l'art. 10 de la CEDH, elle conclut que la *multiple publication rule* n'était pas en soi contraire à la Convention.³³⁰ Ce jugement n'a pas empêché les lobbys anglais de presse de pousser à l'abandon de cette règle.³³¹

325. Ce débat est intéressant, mais il ne touche qu'indirectement notre problématique. Il nous montre surtout que l'emploi du terme *multiple publication rule* peut être trompeur, car il ne désigne pas forcément des considérations de droit international privé.³³²

³²⁸ Pour les débats officiels sur cette question, voir Libel Working Group Report, p. 17-22; *Draft Defamation Bill / Consultation*, p. 30-32 ainsi que l'étude préliminaire sur le sujet, *Ministry of Justice*, 23.03.10, *Defamation and the Internet: The Multiple Publication Rule / Response to Consultation*, CP(R) 20/09, <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.justice.gov.uk/consultations/defamation-internet-consultation-paper.htm>> (dernière visite le 13.03.11).

³²⁹ Voir *supra* p. 58-59.

³³⁰ *Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 10.06.09, *Times Newspaper Ltd. c. Royaume-Uni*, app. num. 3002/03 et 23656/03.

³³¹ *Free Speech is not For Sale*, p. 8-9.

³³² Pour plus de détails sur cette question, voir RORI DUNLOP, *Article 10, The Reynolds Test and the Rule in the Duke of Brunswick's Case – The Decision in Times Newspaper Ltd. V. United Kingdom*, R.H.R.L.R. 2006, 3, p. 327; BRID JORDAN, *The Modernisation of English Libel Laws and Online Publication*, 14 J. Internet L. No. 7 (2011), p. 3ss, spec. p. 5-12, VAN ENIS, Quentin, *Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du Times devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 37 R.D.T.I. (2009), p. 94ss.

Chapitre 4^{ème} : Les États-Unis

Section I Introduction

§ I. Un État victime du forum shopping

326. S'il y a bien un État qui peut se plaindre des problèmes engendrés par la diffamation sur Internet, ce sont bien les États-Unis d'Amérique. Les *leading cases* en la matière voient souvent des parties américaines se défendre devant des juridictions qui leur sont étrangères. Et pour cause : les possibilités de *forum shopping* offertes par l'ubiquité du réseau permettent de contourner les larges protections de fond accordées aux médias américains par le *First Amendment* de la constitution.³³³

327. A cause de cette situation, nous ne trouverons pas dans la jurisprudence américaine de *leading case* international du calibre de *Gutnick v. Dow Jones*. Mais, malgré cela, l'étude de la jurisprudence interne sera un point focal de notre analyse, grâce à son abondance et à son caractère innovant.

§ II. Plan et délimitation de la matière

328. Au niveau de la compétence, les cours américaines, soucieuses de respecter les principes constitutionnels du *due process* à l'encontre des sites Internet, ont rivalisé d'ingéniosité. Elles sont à la source de plusieurs tests tentant de saisir les complexités de la publication sur le réseau. Notre partie sur la compétence portera donc sur la présentation de ces différents tests, qui seront une source notable d'inspiration pour notre recherche de solutions et qui ont par ailleurs déjà rayonné sur d'autres approches étudiées dans ce travail.

³³³ L'ironie de la situation n'échappera pas au juriste américain, qui reconnaît que les facilités procédurales offertes aux États-Unis rendent ce lieu propice au *forum shopping* pour toute action... excepté en matière de diffamation. Voir EMIL PETROSSIAN, In Pursuit of the Perfect Forum : Transnational Forum Shopping in the United States and England, 40 Loy. L.A. L. Rev. (2007), p. 1257ss, spec. p. 1266-1269

329. Au-delà de la compétence proprement dite, les autres domaines du droit international privé américain n'ont pas été mis à contribution pour régler notre problématique. C'est le cas du *forum non conveniens*, que nous traiterons assez rapidement à la suite de notre partie sur la compétence. C'est également le cas des règles de conflit de droit applicable, qui n'ont pas donné naissance à une jurisprudence réellement cohérente. Nous nous attarderons toutefois sur certains éléments ponctuels, issus de ces règles de conflit, qui pourront tant bien même nous inspirer.

§ III. Quelques précisions préliminaires sur le droit international privé américain

330. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de relever deux particularités du droit international privé américain qui influenceront les détails de notre exposé.

331. La première d'entre elles concerne la distinction entre les cours étatiques et les cours fédérales. Aux États-Unis, il existe deux systèmes judiciaires concurrents : le premier de nature fédérale, et le second de nature étatique, lié à chacun des États fédéraux.³³⁴ Il existe certaines différences, et surtout au niveau juridictionnel, entre les règles procédurales employées par ces deux systèmes judiciaires.³³⁵ Mais, pour des raisons de brièveté et de compréhension, nous renoncerons ici à les identifier. A toutes fins utiles, nous relèverons ici une règle justifiant notre choix : dans la majorité des cas, une cour fédérale appliquera les règles de compétence étatiques du lieu de leur situation.³³⁶ Il existe certes des exceptions, notamment quand certains droits de nature fédérale sont en jeu,³³⁷ mais elles n'entreront pas en compte dans le cadre de notre problématique.

332. La seconde particularité repose sur la relation entre les cas internes à la fédération des États-Unis d'Amérique et les cas internationaux. Le droit international privé américain s'est développé dans un cadre principalement interétatique interne. Les affaires comprenant des éléments internationaux se sont vues appliquer ces principes internes par extension, de façon à ce que certains auteurs furent amenés à se demander si les cas internationaux étaient fondamentalement différents des cas américains.³³⁸ Ainsi, malgré l'optique internationale de notre problématique, notre

³³⁴ PETER HAY, *Law of the United States: an overview*, 2^{ème} ed., München 2005, pars. 106-120.

³³⁵ GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, 3^{ème} ed., The Hague 2006, p.69-70; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, 5^{ème} ed., St. Paul Minn. 2010, par. 5.15; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, 4^{ème} ed., New York 2001, p.140-143.

³³⁶ Federal Rule of Civil Procedure (2010), <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/>>, r. 4 (k) (1) (A) (dernière visite le 18.06.12).

³³⁷ *Ibid.*, r. 4 (k) (2).

³³⁸ PAUL R. DUBINSKY, *Is Transnational Litigation a Distinct Field ? The Persistence of American Exceptionalism in American Procedural Law*, 44 *Stan. J. Int'l L.* (2008), p. 301ss (estime qu'en pratique les cours américaines ne font aucune distinction entre les cas internes et les cas internationaux); PAUL R. DUBINSKY, / AUSTEN PARRISH / KATHRYN LEE BOYD / CHIMÈNE KEITNER, *Panel : Challenging the Assumption of Equality : The Due Process*

analyse portera principalement sur des exemples purement internes, dont les principes s'appliqueront *mutatis mutandis* à l'échelle internationale.³³⁹ Les quelques différences que peuvent engendrer les aspects transnationaux d'un cas donné, surgissant par exemple lors de l'application des critères du *targeting test*, ou de celle du *forum non conveniens*, ne manqueront évidemment pas d'être soulignées au cours du texte.

Section II Compétence

§ I. Introduction

333. Dans ce chapitre, nous présenterons trois tests juridictionnels développés par les cours américaines pour traiter des atteintes illicites par Internet : le *Inset test*, le *Zippo test*, et, enfin, le *targeting test*. Une place importante sera accordée à l'arrêt *Young v. New Haven Advocate*, qui adapta le troisième de ces tests au domaine de la diffamation. Nous verrons que cet arrêt eut un impact important sur le reste de la jurisprudence américaine, et décrirons en détail les particularités de son approche juridique. Nous verrons que son emploi a mené sur une protection très large des intérêts des fournisseurs de contenu du réseau.

334. Avant cela, il sera judicieux de décrire le cadre juridique entourant ces tests, soit les règles de base régissant la compétence des cours américaines.

§ II. Règles de base

A) Sources des règles de compétence

335. L'une des particularités du domaine de la compétence tel qu'envisagé par le droit américain réside dans sa forte composante constitutionnelle. L'exercice de la compétence des cours est directement soumise aux limites du *due process*, qui se trouve dans le 14^{ème} amendement de la constitution. Cette disposition se présente comme suit:

« No state shall [...]deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; [...] »

Rights of Foreign Litigants in U.S. Courts, 5 Santa Clara J. Int'l L. (2007), p.410ss (où le débat central portait sur l'application par les cours de la garantie constitutionnelle du *due process* aux défendeurs étrangers lors de l'analyse de la compétence).

³³⁹ ARTHUR T. VON MEHREN / DONALD T. TRAUTMAN, Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis, 9 Harv. Law Rev. (1966), p. 1122. ("Our analysis applies to jurisdictional problems regardless of whether they arise internationally or within a federal system. No fundamental distinction needs to be drawn between the jurisdictional problems raised by litigation involving international elements arising in an American court, state or federal, and those raised by litigation in which the nonlocal elements are connected with sister states.")

336. Ce texte a été interprété comme posant une limite formelle au pouvoir des tribunaux qui leur interdit de se déclarer compétentes de façon exorbitante à l'encontre de personnes ne se trouvant pas dans leur juridiction. Les contours précis de cette limite ont été fixés par la jurisprudence continue de la *Supreme Court of the United States*.³⁴⁰ Cette constitutionnalisation de la question de la compétence a eu pour effet de centraliser l'ensemble de la matière autour du *due process* et de cette jurisprudence.

337. Formellement, chacun des États fédérés est libre d'établir ses propres points de rattachement et de développer sa propre jurisprudence. La plupart d'entre eux a pour ce faire édicté des *long-arm statutes*, soit des législations qui codifient leurs règles juridictionnelles.³⁴¹ Mais, en pratique, les questions de compétence tournent souvent autour de la limite absolue posée par le *due process* constitutionnel.³⁴² Malgré quelques différences d'approche laissées par cette liberté formelle, les tribunaux des États américains se posent donc souvent les mêmes questions et se réfèrent à leur jurisprudence commune posée par la *Supreme Court*.

338. Pour ces raisons, nous nous concentrerons exclusivement sur les aspects touchant au *due process* et ferons l'impasse sur les spécificités de chacune des règles étatiques. Nous présenterons d'abord les chefs de compétence dits traditionnels, qui se fondent directement sur le pouvoir de coercition territoriale qu'exerce l'État sur son citoyen. Nous passerons brièvement sur ceux-ci, qui ne nous touchent qu'indirectement, pour discuter ensuite des chefs de compétence dits *contacts-based* qui sont fondés sur la notion centrale des minimum contacts et qui nous occuperont pour le reste de cet exposé.

B) *Chefs de compétence dits traditionnels*

339. Les chefs de compétence dits « traditionnels » trouvent leurs origines dans la *common law* héritée de l'Angleterre. De nature territoriale, ils furent les premiers chefs de compétence reconnus par la *Supreme Court* comme étant consistants avec les

³⁴⁰ *Supreme Court of the United States*, *Pennoy v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877). Voir également PETER HAY, *Law of the United States: an overview*, *op. cit.*, par. 117; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, 5^{ème} ed., *op. cit.*, pars. 5.2-5.4; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p.119-120.

³⁴¹ GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, *op. cit.*, p. 68-69; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 197-198. Pour un exemple de *long-arm statute*, voir p. ex. *New York Civil Practice Law (CVP)*, <<http://public.leginfo.state.ny.us/menuf.cgi>>, Art. 3, Sec. 301 (dernière visite le 18.06.2012).

³⁴² Plutôt que d'édicter leurs propres règles, certains Etats ont aligné les limites de l'exercice de leur compétence sur celle du *due process*. Par exemple, le *long-arm statute* californien n'est composé que de cette unique phrase : « *A court of this state may exercise jurisdiction on any basis not inconsistent with the Constitution of this state or of the United States.* » (*Code of Civil Procedure (Cal)*, <<http://law.justia.com/california/codes/ccp.html>>, Sec. 410.10 (dernière visite le 18.06.2012). Pour une discussion détaillée sur l'état récent des statutes étatiques et de leur relation avec la limite constitutionnelles du *due process*, voir JEFFREY A. VAN DETTA / SHIV. K. KAPOOR, *Extraterritorial Jurisdiction for the Twenty First Century: A Case Study Reconceptualizing the Typical Long-Arm Statute to Codify and Redefine International Shoe After it's First Sixty Years*, 3 *Seton Hall Circuit Rev.* (2007), p. 339ss.

limites du *due process*.³⁴³ Voici une liste indicative des situations permettant d'attirer un défendeur devant une cour américaine, et pouvant possiblement entrer en jeu dans notre problématique³⁴⁴ :

- Présence physique du défendeur dans l'État du for.³⁴⁵
- Domicile ou résidence du défendeur dans l'État du for. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, ce lieu est donné au lieu de l'incorporation.³⁴⁶
- Acceptation de la compétence.³⁴⁷

340. Aucun de ces points de rattachements n'est singulièrement affecté par l'ubiquité de la publication d'Internet. Le premier chef, soit celui fondé exclusivement sur la présence physique du défendeur dans l'État du for, peut poser des problèmes et se révéler comme exorbitant dans certaines situations.³⁴⁸ Mais ces dangers ne découlent pas directement de la nature d'Internet. Plus pertinents pour nous sont les points de rattachements dits *contacts-based*, qui se fondent eux sur l'activité conduite par un défendeur en direction d'une juridiction.

C) *Chefs de compétence dits contacts-based*

1) *Notion*

341. Originellement, soit vers 1880, les chefs de compétence traditionnels décrits ci-dessus étaient considérés par la *Supreme Court* comme étant les uniques chefs de compétence respectant la limite du *due process*. Mais, le développement des transports aidant, ils furent vite critiqués comme lacunaires et comme ancrés sur une vision trop stricte de la territorialité. Notamment, ils se révélaient comme inadéquats dans des situations impliquant une multitude d'États.

342. En 1945, dans l'arrêt phare *International Shoe v. State of Washington*,³⁴⁹ la *Supreme Court* accepta pour la première fois qu'un tribunal puisse se reconnaître comme compétent à l'encontre d'un défendeur situé dans un autre État que celui du for. Mais, pour que cela soit acceptable au vu du *due process*, elle déclara qu'une condition devait être remplie : soit, que ce défendeur ait au préalable noué des liens

³⁴³ *Supreme Court of the United States*, *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877).

³⁴⁴ Pour plus de détails sur ces chefs de compétence, voir GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, *op. cit.*, p. 103-103 et 116-117; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, 5^{ème} ed., St. Paul Minn. 2010, pars. 6.2-6.4; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 200-209 et 241.

³⁴⁵ *American Law Institute, Restatement (Second) of Conflicts of Law*, § 28.

³⁴⁶ *Ibid.*, § 30 et 41.

³⁴⁷ *Ibid.*, § 32-34.

³⁴⁸ Par exemple, il suffit de survoler par avion l'un des États américains pour que la compétence d'une de ses cours soit fondée, si une action y a été intentée. Voir *United States District Court, E.D. Arkansas, Northern Division*, 16.02.52, *Grace v. MacArthur*, 170 F.Supp. 442.

³⁴⁹ *Supreme Court of the United States*, 3.12.45, *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

substantiels avec l'État du for. Ce dernier élément fut appelé le critère des *minimum contacts*, et il fut développé par la jurisprudence subséquente de la *Supreme Court* pour devenir le critère central d'une telle analyse. En matière de diffamation par Internet, c'est cette notion de *minimum contacts* qui sera la base de tous les développements jurisprudentiels.

343. Pour le reste de notre exposé, nous nous concentrerons sur cette notion de *minimum contacts*. Nous laisserons volontairement de côté d'autres éléments du test juridictionnel américain, dégagés par la jurisprudence de la *Supreme Court* et n'entrant pas directement en compte dans notre sujet.³⁵⁰

344. Nous commencerons par décrire les *minimum contacts* de façon générale, puis mentionnerons l'*effects test*, qui adapta cette notion dans le domaine de la diffamation. Enfin, nous toucherons quelques mots sur la *single publication rule*, qui permet de concentrer toutes les actions afférentes à une diffamation multiple en un for unique. Nous passerons ensuite au cœur de notre sujet et présenterons comment les cours américaines ont appliqué la notion de *minimum contacts* à Internet.

2) L'analyse des *minimum contacts*

345. Le test de *minimum contacts* tend à évaluer la relation entre le défendeur situé à l'étranger et le for. Plus ce défendeur conduit d'activités volontairement dirigées vers cet État, plus il sera facile pour les tribunaux de ce dernier de se reconnaître comme compétents à son encontre. Dans l'arrêt *Hanson v. Denckla*, la *Supreme Court* donna la définition suivante :

« *The unilateral activity of those who claim some relationship with a nonresident defendant cannot satisfy the requirement of contact with the forum State. The application of that rule will vary with the quality and nature of the defendant's activity, but it is essential in each case that there be some act by which the defendant purposefully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum State, thus invoking the benefits and protections of its laws.* »³⁵¹

346. Le test de *minimum contacts* se focalise sur la personne du défendeur et sur ses contacts effectifs avec le for. La situation du demandeur n'est ici d'aucune

³⁵⁰ Notamment, nous ne traiterons pas ici du test général du critère raisonnable, qui intervient après l'appréciation des *minimum contacts*. Dans notre domaine, il a un impact inexistant, les juges préférant l'approcher à l'aide des *minimum contacts*. Voir *Supreme Court of the United States*, 20.05.85, *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462; *Supreme Court of the United States*, 24.02.87, *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California*, 480.U.S. 102. Pour plus de détails sur le fonctionnement de ce test, voir GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, *op. cit.*, p. 125-126; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, par. 5.12. Certains auteurs ont proposé de laisser de côté les *minimum contacts* et d'employer un pur test du critère raisonnable pour saisir la complexité de la publication via le réseau. Pour des articles en ce sens, voir NICHOLAS R. SPAMPATA, *King Pennoyer Dethroned : A Policy Analysis Influenced Study of the Limits of Pennoyer v. Neff in the Jurisdictional Environment of the Internet*, 85 *Cornell L. Rev.* (2000), p. 1742ss; HOWARD B. STRAVITZ, *Personal Jurisdiction in Cyberspace : Something More is Required in the Electronic Stream of Commerce*, 49 *S.C. L. Rev.* (1998), p. 925ss.

³⁵¹ *Supreme Court of the United States*, 23.06.58, *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, p. 253.

importance : c'est le défendeur seul qui doit, de façon volontaire, avoir dirigé sa conduite vers le territoire du for. Cela lui assure la prévisibilité des assertions de compétence que l'on pourrait lui opposer et respecte dès lors son droit au *due process*. Cette exigence est aussi appelée *purposeful availment*, un terme qui souligne bien que le défendeur doit s'être de son propre chef mis à la disposition du pouvoir souverain de l'État du for de par son activité. Pour mesurer si ce critère est rempli, les cours américaines emploient une analyse *ad-hoc*, qui tourne autour des circonstances factuelles des litiges.

347. Par exemple, la *Supreme Court* considéra qu'un assureur ayant contracté avec des clients résidant dans un État où il n'avait porté aucune autre activité avait déployé des contacts suffisants avec ce lieu. Cela, par ce que ce contrat d'assurance créait volontairement une relation commerciale durable et profitable avec des résidents de cet État.³⁵² Similairement, dans un autre arrêt, un contrat de franchising fut reconnu comme créant une relation durable entre le franchisé et le franchiseur, de telle sorte qu'un for au siège de ce dernier était justifié.³⁵³ Par contre, le bénéficiaire d'un trust qui tenta de saisir les tribunaux d'un État dans lequel il venait de déménager ne vit pas sa demande aboutir. Dans ce cas, la juridiction du for fut considérée comme un lieu « accidentel » car subséquente à la constitution du trust et non considérée par les parties à ce moment.³⁵⁴

348. Les *minimum contacts* et le *purposeful availment* ont donc une nature fortement casuistique, qui rend ardue la formulation de règles générales. A ce titre, la jurisprudence de la *Supreme Court* fut largement critiquée par la doctrine comme étant peu systématique, et trop complexe, voire même contradictoire.³⁵⁵ Etudier en profondeur les soubresauts de la jurisprudence américaine des *minimum contacts* dépasserait le cadre de notre sujet ; nous préférons donc renoncer à en détailler les nombreux éléments qui y sont périphériques.³⁵⁶

³⁵² *Supreme Court of the United States*, 16.12.57, McGee v. International Life Insurance Co., 355 U.S. 220.

³⁵³ *Supreme Court of the United States*, 20.05.85, Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462

³⁵⁴ *Supreme Court of the United States*, 23.06.58, Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235.

³⁵⁵ Les articles exposant l'imprécision de la jurisprudence de la *Supreme Court* ne manquent pas et s'expriment en de termes plutôt colorés. Voir p. ex. PATRICK J. BORCHERS, *The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From Pennoyer to Burnham and Back Again*, 24 U. C. Davis L. Rev. (1990), p.19 ("*The Supreme Court's thousand-piece jigsaw puzzle is personal jurisdiction*"); WENDY COLLINS PERDUE, *Personal Jurisdiction and the Beetle in the Box*, 32 B. C. L. Rev. (1991), p. 529 ("*The reason for the Court's difficulty in this area appears to be that personal jurisdiction is really a solution in search of a problem.*"); FRIEDRICH K. JUENGER, *A Shoe Unfit for Globetrotting*, in: FRIEDRICH K. JUENGER (ed.), *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley N. Y. 2001, p.71; ("*American jurisdictional law is a mess*"); JAMES WEINSTEIN, *The Federal Common Law Origins of Judicial Jurisdiction: Implications for Modern Doctrine*, 90 Va. L. Rev., p. 169ss, spec. p. 171 ("*Although the extensive body of commentary on federally imposed limitations of state court jurisdiction agrees on very little, the one point of consensus is that Supreme Court personal jurisdiction doctrine is deeply confused.*").

³⁵⁶ Pour une présentation et une analyse détaillée de la jurisprudence de la *Supreme Court* ayant trait aux *minimum contacts* et au *purposeful availment*, voir EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, pars. 5.10 et 5.11, RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 143-200. En particulier, nous ne traiterons pas ici de la distinction entre la *specific jurisdiction* et la *general jurisdiction*. La *general jurisdiction* intervient lorsque les contacts entre le défendeur et un État sont tellement nombreux qu'ils permettent de l'attirer pour toute action judiciaire, même si elle ne découle pas des contacts entre le défendeur et cet État. En matière d'Internet, ce chef de

3) L'effects test

349. Dans le cadre des actes illicites, et de la diffamation plus particulièrement, la *Supreme Court* élaborera un test spécifique ayant pour but d'évaluer la portée des *minimum contacts* et du *purposeful avaiment*. Elle le fit dans l'arrêt de principe *Calder v. Jones*.³⁵⁷

350. Dans celui-ci, Shirley Jones, une star résidant en Californie, poursuit en cet État un journal l'ayant diffamé. Le magazine en question étant édité de façon régulière et en grande quantité dans cette juridiction, la condition des *minimum contacts* était clairement remplie vis-à-vis de la maison d'édition défenderesse qui ne tenta d'ailleurs même pas de contester la compétence.³⁵⁸ Par contre, l'auteur et le correcteur de l'article, aussi poursuivis, résidaient en Floride, n'avaient aucun contact avec la Californie. La difficulté pour la cour était donc d'appréhender la relation entre ce lieu et ces deux défendeurs : le carcan classique des *minimum contacts*, fondé sur l'activité volontaire, n'était ici que peu utile.³⁵⁹

351. La *Supreme Court* considéra que la Californie était malgré tout le point focal du litige : c'était le lieu de résidence de la demanderesse ainsi que le lieu de son activité professionnelle. Ce faisant, il était le lieu le plus touché par le dommage causé à sa réputation. De plus, l'article discutait de faits ayant un lien avec l'activité en Californie de la victime, et était tiré de sources californiennes. Pris ensembles, ces éléments traduisirent un fort impact ressenti en Californie suite à la rédaction de l'article.³⁶⁰ Cet impact était de plus prévisible pour les auteurs, car ils ne pouvaient pas ignorer, lors de sa rédaction, qu'il puisse provoquer des effets en Californie. C'était une conduite intentionnelle, dirigée vers cet État, qui pouvait dès lors fonder la compétence du tribunal.³⁶¹

352. Cet arrêt donna naissance à ce que l'on appelle l'*effects test*, qui s'applique souvent en diffamation et dans les cas de responsabilité délictuelle plus généralement. Selon celui-ci, la compétence est donnée lorsque trois conditions sont remplies : il faut que le défendeur ait commis un acte illicite, que les effets de celui-ci aient été ressentis dans la juridiction du lieu du for, et que le défendeur ait dirigé

compétence peut poser problème selon le degré d'appréciation requis de l'activité du site. Le débat est donc largement similaire à la *specific jurisdiction*, qui nous occupera pour ce chapitre et dans laquelle s'est déployée la majorité de la jurisprudence nous intéressant. Pour plus de détails sur la *general jurisdiction*, voir *Supreme Court of the United States*, 03.03.52, *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 347 (1952). Voir aussi EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, pars. 5.10-5.13 et 6.7-6.9; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 200; ARTHUR T. VON MEHREN / DONALD T. TRAUTMAN, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, *op. cit.*, p. 1164ss, spec. p. 1166. Sur le rapport entre la *general jurisdiction* et Internet, voir *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, 02.12.03, *Gator.com Corp.v. L.L. Bean Inc.*, 341 F.3d 1072, commenté dans JAMES R. PIELEMEIER, *Why General Personal Jurisdiction over « Virtual Stores » is a Bad Idea*, 27 *Quinnipiac L. Rev.* (2009), p. 625ss, spec. p. 665-669.

³⁵⁷ *Supreme Court of the United States*, 20.03.84, *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 785.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 784-788.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 788-789.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 789-792.

sciemment cet acte illicite vers ce for. En pratique, ce test fait que les victimes de diffamation peuvent très souvent intenter action dans leur lieu de résidence, là où se trouve le noyau dur de leur réputation.³⁶²

353. Nous verrons plus loin que ce test a été repris et adapté aux cas de diffamation par Internet, et qu'une certaine interprétation de ses conditions a donné naissance au test dit de l'*effects plus targeting*.

4) *La single publication rule*

354. En dernier lieu, il nous faut mentionner une particularité du droit américain de la diffamation interétatique. Celle-ci tient à l'adoption par une majorité d'États de la *single publication rule*.³⁶³ Cette règle consiste en une fiction juridique qui considère que chaque exemplaire individuel d'un texte n'est que l'occurrence partielle d'une publication unique. Elle a deux principaux effets :

- Elle pose une durée de prescription unique, applicable à tout exemplaire, même récent, du même texte diffamatoire.
- Lorsque le texte litigieux touche une multitude d'États américains, elle amènera le tribunal compétent à traiter de l'entier du dommage interétatique. Elle rejette donc le fractionnement du dommage que l'on peut par exemple trouver dans le droit communautaire.

Le choix de cette règle a été motivé par le désir d'économiser les ressources judiciaires et d'empêcher les victimes d'introduire une multitude de demandes concurrentes dans le seul but de frustrer l'autre partie.

355. Le rôle de la *single publication rule* se limite à ces considérations procédurales. Cette règle n'est pas sensée influencer sur la détermination du for compétent, ni sur celle de la loi applicable à une diffamation interétatique.³⁶⁴ En ce sens, il faut prendre garde à employer le terme de la *single publication rule* avec réserve. Elle mène certes à l'établissement d'un for unique capable de traiter de

³⁶² ROBERT J. CONDLIN, « Defendant Veto » or « Totality of the circumstances » ? It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again, 54 Cath. U. L. Rev. (2004), p. 53ss, spec. 91-96; C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, Towards a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects, 81 Ind. L. J. (2006), p. 601ss, spec. p. 612-613; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, Conflicts of Laws, *op. cit.*, par. 7.8.

³⁶³ Cette règle est codifiée tant dans le Restatement (Second) of Torts, que dans une codification uniforme, le *Uniform Single Publication Act*. Le premier texte est suivi par une majorité d'États, et le second a été adopté par 7 d'entre eux. Voir Uniform Single Publication Act (1952); American Law Institute, Restatement (Second) of Torts, § 577A.

³⁶⁴ *Supreme Court of the United States*, 20.03.84, Keeton v. Hustler Magazine, 465 U.S. 770. Il est cependant vrai que la relation entre la *single publication rule* et le droit international privé n'est pas toujours clairement définie et que cette règle a été de plus en plus interprétée comme produisant des effets indirects sur notre matière. Pour plus de détails sur cette question, voir DEBRA R. COHEN, The Single Publication Rule : One Action, not One Law, 62 Brook. L. Rev. (1996), p. 921ss.

l'entier d'un dommage interétatique causé par une diffamation mais elle n'est pas un chef de compétence *stricto sensu* permettant de désigner ce tribunal.³⁶⁵

356. L'application de la *single publication rule* à la diffamation par Internet a bien soulevé quelques interrogations auprès des juges américains, mais seulement sur l'aspect de la prescription.³⁶⁶ Nous ne traiterons donc pas de cet aspect dans la suite de ce travail.³⁶⁷

§ III. Généralités sur la jurisprudence américaine en matière d'Internet

357. Les notions de base des règles juridictionnelles américaines étant présentées, nous pouvons passer au cœur de notre exposé. Dans la partie qui suivra, nous verrons comment les cours ont adapté la notion de *minimum contacts* à Internet, et décrirons les tests qu'elles ont façonnés à cet effet. Avant cela, il nous faudra ici passer par quelques remarques préliminaires au sujet de cette jurisprudence.

358. Mettons le lecteur en garde : notre présentation a pour but de définir et de catégoriser les approches trouvées dans la jurisprudence américaines, en vue de les critiquer dans notre recherche de solutions. Ce faisant, nous ne retranscrivons pas au détail près leur réalité pratique, qui les a fait évoluer dans un contexte jurisprudentiel bien plus complexe, voire confus, que ce que notre texte fera entrevoir.

359. Comme mentionné plus haut, les contours précis des *minimum contacts* sont en proie à de nombreuses incertitudes théoriques.³⁶⁸ Celles-ci sont décuplées lorsqu'il est question d'Internet. En l'absence de *leading case* de la part de *Supreme Court*, ce sont les cours inférieures, réparties au travers des divers États américains, qui ont façonné la matière. Il en résulte que la jurisprudence est éclatée, inégale et désorganisée. Il est plutôt parlant de constater que l'un des arrêts les plus influents et les plus cités, à savoir l'arrêt *Zippo*, vient d'une simple *District Court*, et non d'une cour d'appel.

³⁶⁵ Un exemple d'un tel amalgame se trouve dans l'arrêt australien *Gutnick v. Dow Jones*. Dans celui-ci, la société défenderesse utilisa les termes *single publication rule* pour décrire sa proposition d'une publication au lieu de situation du serveur. La *High Court of Australia* objecta que cet emploi était incorrect : la *single publication rule* n'a vocation qu'à permettre de regrouper les dommages traités par un tribunal compétent, et à éviter les actions concurrentes. Elle n'était pas sensée fixer le lieu de la publication ou déterminer le droit applicable. Voir *High Court of Australia*, 10.12.02, *Dow Jones v. Gutnick*, [2002] HCA 56, pars. 29-37 et 56-61. Commentant cet arrêt et rejoignant cette opinion sur ce point, voir GARY KOK YEW CHAN, *Internet Defamation and Choice of Law in Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, 2003 *Sing. J. Legal Stud.*, p. 483ss, spec. p. 598-501.

³⁶⁶ *Court of Appeals of New York*, 2.07.02, *Firth v. State of New York*, 775 N.E.2d 463.

³⁶⁷ Il peut être intéressant de mettre ce débat en rapport avec le débat, identique, sur l'adoption de la *single publication rule* en Angleterre. Une telle mise en perspective dépasse cependant le cadre de ce travail, mais pour plus de renseignements sur ce sujet, voir supra, p. 94ss ainsi que les auteurs suivants : SAPNA KUMAR, *Website Libel And the Single Publication Rule*, 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003), p. 639ss; ITAI MAYTAL, *Libel Lessons from Across the Pond: What British Courts can Learn from the United States' Chilling Experience with the "Multiple Publication Rule" in Traditional Media and the Internet*, 3 *J. Int'l Media & Ent. L.* (2010), p. 121ss; LORI A. WOOD, *Cyber-Defamation and the Single Publication Rule*, 81 *B.U. L. Rev.* (2001), p. 895ss.

³⁶⁸ Voir supra p. 101.

360. Cette absence de structure jurisprudentielle se ressent aussi au niveau du développement et de la catégorisation des tests juridictionnels eux-mêmes. Dans la pratique, ils se confondent, se mélangent et se chevauchent. Certaines cours disent employer un test, mais empruntent leurs critères à un autre ; d'autres, encore, en appliquent plusieurs en même temps. Enfin, certaines les mélangent pour créer de nouveaux tests hybrides.³⁶⁹

361. Il serait excessivement long, et peu pertinent, de procéder à une présentation complète de tous ces mouvements jurisprudentiels. Nous procéderons donc à une présentation synthétique et simplifiée des trois grands tests généralement trouvés et reconnus au travers des arrêts américains. Cela ne veut pas dire que nous ignorerons complètement cet aspect dans notre analyse. Au contraire, nous reviendrons, lors de notre conclusion, sur l'impact que peut avoir cette confusion généralisée sur notre recherche de solutions. Ces particularités étant exposée, nous pouvons désormais passer à notre présentation des tests juridictionnels américains. Nous décrirons tout à tour l'*Inset test*, puis le *Zippo test*, puis enfin le *targeting test*.

§ IV. L'*Inset test*

362. Lors des premières rencontres entre les *minimum contacts* et Internet, les juridictions américaines adoptèrent une attitude étonnamment large, faisant écho aux premières réponses trouvées en Angleterre, en Australie, ou en France. L'un des premiers cas à avoir abordé le problème de la sorte est l'arrêt *Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc.*,³⁷⁰ un cas rendu en 1996 par une *District Court* fédérale du Connecticut.

363. Les faits voyaient une entreprise du Massachusetts, Instruction Set, ouvrir un site à l'adresse « www.inset.com ». Inset Systems, une société située dans le Connecticut, intenta action dans cet État pour violation de sa marque fédérale « Inset », enregistrée avant les faits. L'entreprise défenderesse n'ayant aucune activité dans le Connecticut, si ce n'était la présence du site et d'un numéro gratuit national,

³⁶⁹ TERESA J. CASSIDY, *Civil Procedure : Effects of the « Effects Test »: Problems of Personal Jurisdiction and the Internet*; Dudnikov v. Chalk & Vermillon Fine Arts Inc., 514 F.3D 1063 (10th Cir. 2008), 9 Wyo. L. Rev. (2009), p. 575ss, spec. p. 585-586; ROBERT J. CONDLIN, « Defendant Veto » or « Totality of the circumstances » ? It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again, *op. cit.*, p. 131-147; CATHERINE ROSS DUNHAM, Zippo-ing the Wrong Way: How the Internet has Misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analyses, 43 U.S.F. L. Rev. (2009), p. 559ss, spec. p. 573-577; C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, Towards a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects, *op. cit.*, p. 214-219, 616-619 et 622-626; MORITZ KELLER, Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States, 23 J. Marshall J. Computer & Info. L. (2004), p. 1ss, spec. p. 50-52. Pour un exemple parlant de la confusion entourant la délimitation entre les divers tests, voir *United States Court of Appeals, Fourth Circuit*, 14.06.02, ALS Scan Inc. v. Digital Service Consultants Inc., 293 F.3d 707, p. 714 (dit adopter le Zippo test mais adopte en réalité une approche hybride avec des éléments de targeting).

³⁷⁰ *United States District Court, D. Connecticut*, 17.04.96, *Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc.*, 937 F.Supp 161.

la question était de savoir si ces contacts étaient suffisants pour retenir la compétence du tribunal.³⁷¹

364. La cour conclut facilement à la présence des *minimum contacts*. Selon elle, la présence du site Internet et du numéro d'appel gratuit traduisaient une activité consentie et dirigée à l'échelle de tous les États-Unis. Le site fut considéré comme une publicité permanente, accessible à toute heure, et adressée à l'attention de tous les habitants du continent. Ayant dirigé son activité vers tous les États américains, Instruction Set devait s'attendre à être attrait devant les tribunaux de n'importe lequel d'entre eux, y compris au Connecticut.³⁷²

365. La même année, et devant une constellation de faits similaires, une *District Court* du Missouri estima que la présence d'un site Internet permettant de s'inscrire à la *mailing list* d'une entreprise était suffisante pour établir des *minimum contacts*.³⁷³ Dans cet arrêt *Maritz Inc. v. CyberGold, Inc.*, la cour argumenta que le site était une publicité dirigée vers tous les États des États-Unis. Elle fit une comparaison avec le courrier postal : si un habitant du Missouri envoyait une lettre à l'entreprise en lui demandant des informations sur ses services, elle avait le choix de lui répondre ou non. Si elle choisissait de lui répondre, il y avait un contact consenti entre celle-ci et cette juridiction. Or, par Internet, elle envoyait sciemment à tout habitant des États-Unis des informations sur ses activités. Elle visait donc tous les lieux susceptibles d'accéder à son site.³⁷⁴

366. Selon cette première ligne jurisprudentielle, la simple disponibilité d'un site Internet dans le for est suffisante pour créer les *minimum contacts*. Cela, car le site est apparenté à une publicité continue, adressée à un public potentiellement national, sinon mondial. Dans cette formulation se retrouve une conception d'Internet similaire à celle trouvée dans la jurisprudence anglaise et australienne : soit, que celui qui emploie Internet en tant que média est conscient de sa portée globale, et accepte implicitement d'être attrait devant les cours de tout État touché par Internet.³⁷⁵

367. Cette approche est aujourd'hui majoritairement discréditée aux États-Unis. On la qualifia d'exorbitante, car elle rendait un défendeur passible de poursuites devant les tribunaux des cinquante États américains. Elle encourageait le *forum shopping* et risquait d'appauvrir le potentiel d'Internet. Elle était de plus inconsistante avec le standard de protection exigé par la notion de *minimum contacts*. La simple disponibilité d'un site web mis sur le réseau ne fut donc pas considérée comme permettant à elle seule d'établir les liens exigés par le principe de *due process*.³⁷⁶

³⁷¹ *Ibid.*, p. 162-163.

³⁷² *Ibid.*, p. 164-166.

³⁷³ *United States District Court, E.D. Missouri, Eastern Division*, 19.08.96, *Maritz Inc. v. Cybergold Inc.*, 947 F.Supp. 1328, p. 1330-1331.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 1333.

³⁷⁵ Voir *supra* p. 62ss.

³⁷⁶ BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, 20 *Emory Int'l L. Rev.* (2006), p. 241ss, spec. p. 253-256; GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUJURA, *Law of the Internet*, 3^{ème} ed., Austin 2009-2010, vol. 1, p. 3-33 et 3-41 à 4.43; MICHAEL

368. Pour atteindre ce niveau de *minimum contacts*, un site devait faire quelque chose de plus que simplement être accessible depuis la juridiction du for. Mais, comment qualifier ce « quelque chose de plus » ? C'est la recherche de cet élément qui mena les juridictions américaines à établir des tests prenant en compte les spécificités du réseau, comme le *Zippo test* ou le *targeting test*.

§ V. Le Zippo test

A) *Notion*

369. S'éloignant de la rigidité de l'approche de la jurisprudence *Inset*, l'arrêt *Zippo v. Zippo*,³⁷⁷ rendu par une *District Court* de Pennsylvanie, fut le premier à tenter d'intégrer les spécificités d'Internet à l'évaluation des *minimum contacts*. Pour ce faire, il créa un nouveau test qui devint l'une des pierres angulaires de la réflexion américaine en la matière. Le *Zippo test* a été repris par un nombre conséquent d'autres cours du pays et fut adapté à de nombreux domaines différents y compris la diffamation.³⁷⁸

370. Cette partie se fera en trois temps : tout d'abord, nous effectuerons une présentation des considérants du *leading case Zippo v. Zippo*, y compris les raisons qui ont poussés les juges chargés du litige à abandonner l'approche *Inset*. Ensuite, nous nous pencherons sur les caractéristiques de ce *Zippo test* dans l'abstrait ainsi que sur les modalités techniques de son emploi. Enfin, nous montrerons les raisons qui ont

A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 *Berkeley Tech. L. J.* (2001), p. 1345ss, spec. p. 1361-1363; ROBERT M. HARKINS JR, *The Legal World Wide Web : Electronic Personal Jurisdiction in Commercial Litigation, or How to Expose Yourself to Liability Anywhere in the World with the Press of a Button*, 25 *Pepp. L. Rev.* (1997), p. 451ss, spec. p. 469-473; MORITZ KELLER, *Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States*, *op. cit.*, p. 35-36; ANDREAS MANOLOPOULOS, *Raising Cyber-Borders, the Interaction between Law and Technology*, 11 *Int'l J. L. & Info. Tech.* (2003), p. 40ss, spec. p. 50-51; F. LAWRENCE STREET / MARK P. GRANT, *Law of the Internet, Charlottesville 2001-2009*, p. 3.44-3.46 et 3.60-3.61; DENNIS T. YOKOYAMA, *You Can't Always Use the Zippo Code : The Fallacy of an Uniform Theory of Uniform Internet Jurisdiction*, 54 *DePaul L. Rev.*, p. 1147ss, spec. p. 1156-1158. Pour d'autres exemples d'application jurisprudentielle de ce critère, voir *United States District Court, District of Columbia*, 19.12.96, *Heroes Inc. v. Heroes Foundation*, 958 F.Supp. 1 (D.D.C. 1996); *Supreme Court of Minnesota*, 14.05.98, *State v. Granite Gate Resorts*, 568 N.W.2d 715; *United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division*, 24.16.97, *Telco Communications v. An Apple a Day*, 977 F.Supp. 404. Pour le surplus, voir enfin les arrêts énumérés dans F. LAWRENCE STREET / MARK P. GRANT, *Law of the Internet*, précit., p. 3.53-3.63.

³⁷⁷ *United States District Court, W.D. Pennsylvania*, 16.01.97, *Zippo Manufacturing Company v. Zippo Dot Com Inc.*, 952 F.Supp 1119 (ci-après : *Zippo v. Zippo*).

³⁷⁸ PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, 98 *Nw. U. L. Rev.* (2004), p. 473ss, spec. p. 481 (l'auteur commente, non sans ironie, l'importance que prit *Zippo* en matière de diffamation par rapport à la jurisprudence de la Supreme Court : "*When one stops to consider that in these cases a district court opinion in a trademark dispute is commanding more attention than a Supreme Court opinion on libel jurisdiction, one sees that there is fertile soil for confusion.*"); CATHERINE ROSS DUNHAM, *Zippo-ing the Wrong Way: How the Internet has Misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analyses*, *op. cit.*, p. 573-577; MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1367-1372; HOLGER P. HESTERMEYER, *Personal Jurisdiction for Internet Torts, Towards an International Solution?*, 26 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2006), p. 267ss; spec. p. 277-278, MORITZ KELLER, *Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States*, *op. cit.*, p. 36-37.

amenées certaines cours à remettre en question son utilité, à le modifier, voire à le mettre de côté. C'est en effet l'abandon progressif de ce test par les cours américaines qui a mené à l'élaboration d'une approche plus flexible nommée *targeting test*, que nous décrirons à la suite de cet exposé.

B) L'arrêt *Zippo v. Zippo*

1) Contexte du litige

371. Similairement aux cas ayant donné naissance aux approches exposées ci-dessus, la dispute reposait sur une violation de marque par le biais d'un site Internet. L'entreprise pennsylvanienne Zippo Manufacturing, produisant les fameux briquets du même nom, attaqua dans son État d'établissement une entreprise californienne, Zippo Dot Com, qui offrait un service Internet payant de dépêches. La disponibilité du site mis à part, la défenderesse ne disposait d'aucun établissement en Pennsylvanie, et seulement 2% de son revenu provenait de cette juridiction. Face à la question de la compétence, la *District Court of Pennsylvania* dut déterminer si cela était suffisant pour retenir les *minimum contacts*.³⁷⁹

2) L'arrêt de la *District Court*

372. La cour commença par rappeler les conditions classiques de compétence telles qu'établies dans la jurisprudence de la *Supreme Court*, soit les *minimum contacts* et le *purposeful availment*. Elle observa ensuite qu'Internet, qu'elle qualifia de « révolution globale », permettait à tout individu d'étendre ses contacts à l'échelle mondiale par la simple mise à disposition d'un site sur le réseau. Elle nota qu'il était néanmoins possible de mesurer l'activité commerciale conduite sur le web, de façon à pouvoir déterminer la présence ou non des *minimum contacts*.³⁸⁰ Elle conçut alors une échelle propre à qualifier la portée de l'activité commerciale possible qu'un site pouvait entretenir avec des personnes situées dans un autre État. Cette activité pouvait être mesurée par l'interactivité que propose un site.³⁸¹

373. D'un côté de ce faisceau se trouvaient les sites dits passifs, qui ne faisaient qu'afficher de l'information ou de la publicité que l'internaute pouvait consulter. Ne disposant d'aucune possibilité d'interaction, ils ne dirigeaient pas de contacts vers un for particulier. Il était inconstitutionnel, donc, de se fonder sur cette seule occurrence pour justifier l'exercice de la compétence à l'encontre de ce type de site. A l'opposé se trouvaient les sites dits actifs, qui permettaient aux résidents de la juridiction examinée de contracter, de commander des produits, ou d'autrement entrer en contact avec son propriétaire. Dans ce cas de figure, les *minimum contacts* pouvaient facilement être retenus. Restaient les sites dits interactifs, qui constituaient le centre

³⁷⁹ *Zippo v. Zippo*, p. 1121-1122.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 1123-1124.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 1124-1125.

du spectre. Ceux-ci avaient un niveau d'interactivité intermédiaire, et permettaient quelques contacts entre les visiteurs et le propriétaire du site, notamment par e-mail. Dans ce cas, il fallait juger de leur niveau d'interactivité, ainsi que de leur caractère commercial, pour déterminer si les *minimum contacts* étaient donnés.

374. La cour exemplifia son test en revenant sur la jurisprudence passée. Par exemple, le site vu dans l'arrêt *Maritz* serait tombé dans la catégorie du milieu, car il permettait à l'internaute de s'inscrire à une *mailing list*. En revanche, le cas *Inset* touchait aux limites de ce qui était admissible, car la compétence fut fondée à l'encontre d'un site ne contenant guère plus que de la publicité.³⁸²

375. Appliquant ce nouveau test au site de Zippo Dot Com, la cour estima que ce dernier était un site actif. Il permettait à tout un chacun de s'inscrire pour ses services payants, et dirigeait ostensiblement ses affaires dans toute juridiction capable d'accéder à son site. Pour le surplus, il était prouvé que la société avait contracté avec des clients de la Pennsylvanie. Les *minimum contacts* étaient donc présents, et une action portée devant les tribunaux de cet État lui devait être prévisible. Par ces motifs, la *District Court* conclut au bien-fondé de la compétence.³⁸³

C) *Caractéristiques du Zippo test*

376. Comme il en ressort de l'arrêt, le *Zippo test* est un test qui tend à catégoriser les sites selon leur degré d'interactivité commerciale vis-à-vis du territoire de l'État examiné. Il est structuré par trois éléments : l'interactivité du site, sa volonté commerciale et sa position au sein d'un faisceau conceptuel allant des sites passifs aux sites actifs.³⁸⁴

1) *L'interactivité technique comme étalon de mesure*

377. Le cœur du *Zippo test* consiste en une analyse du caractère interactif d'un site Internet. Par ces termes, on entend une interactivité purement technique, qui doit se retrouver dans la structure du site analysé. En ce sens, il s'agit d'un test objectif : en regardant uniquement la façon dont le site est construit, il faut déterminer si les résidents du lieu considéré peuvent entrer en communication avec son exploitant ou pas. L'intention subjective de ce dernier n'est pas ici déterminante.

³⁸² *Ibid.*, note précédente.

³⁸³ *Ibid.*, p. 1125-1126.

³⁸⁴ JOANN K. COSTON, *Embrace the New, but don't Forget About the Old : Asserting Personal Jurisdiction Over the New Internet Age*, 34 S.U. L. Rev. (2007), p. 249ss, spec. p. 258-268; MARC H. GREENBERG, *A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, 18 Berkeley Tech. L. J. (2003), p. 1191ss, spec. p. 1201-1204; DANIEL STEUER, *The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo*, 74 U. Colo. L. Rev. (2003), p. 319ss, spec. p. 334-338; DENNIS T. YOKOYAMA, *You Can't Always Use the Zippo Code : The Fallacy of an Uniform Theory of Uniform Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1156-1166. Pour un panorama détaillé de la jurisprudence afférent à Zippo, et aux tests américains de compétence sur Internet en général, voir GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUURA, *Law of the Internet*, *op. cit.*, vol. 1, chap. 3; MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1360-1380; F. LAWRENCE STREET / MARK P. GRANT, *Law of the Internet*, *op. cit.*, chap. 3.

378. Concrètement, il faut regarder si le site offre des possibilités de contact à l'internaute. L'exemple type d'une interaction poussée est celle du site, tel Amazon.com, qui permet à celui-ci d'acheter un produit et d'en organiser la livraison. Dans le même ordre d'idée, si un service payant est proposé par un site, même sans contrepartie physique, on peut conclure qu'il y a une forme appuyée d'interactivité. Cela pourrait être par exemple le cas d'un contrat de services prévu en ligne, ou d'un journal en ligne régi par abonnements.³⁸⁵

379. La mesure de l'interactivité n'est toutefois pas réduite à ces situations claires, qui lorgnent du côté du droit contractuel. D'autres possibilités d'interaction moindres sont également prises en compte. Les exemples sont nombreux : la possibilité de laisser des commentaires dans le champ d'un billet de blog, celle de contacter l'auteur du site via e-mail, ou encore celle de s'inscrire à une *mailing list* informative. Même la présence sur le site d'une adresse ou d'un numéro de téléphone est considérée comme une possibilité d'interaction et est prise en compte dans l'analyse de *Zippo*.³⁸⁶ Enfin, d'autres types de contacts consentis par l'exploitant d'un site Internet, s'ils se révèlent comme particulièrement répétés et systématiques, peuvent peser lourd dans la balance du test. Ce sera par exemple le cas de l'envoi de *spam* publicitaires.³⁸⁷ Notons enfin que seules les possibilités d'interaction à but commercial sont prises en compte par le *Zippo test*.

2) L'échelle entre sites passifs et sites actifs

380. Une fois que les possibilités techniques de contact prévues sur un site sont isolées, il faut encore qualifier l'intensité de l'interactivité proposée par le site de façon générale. Pour ce faire, le *Zippo test* offre comme point de repère une échelle (*sliding scale*) qui comprend trois catégories d'intensité.

381. D'un côté, les sites dits actifs sont ceux qui offrent des voies larges et constantes de communication commerciale avec le lieu du for. De l'autre, les sites dits passifs sont ceux qui n'ont aucune interactivité. Pour ces deux catégories, qui se trouvent aux côtés opposés du spectre de *Zippo*, les conséquences juridiques sont claires : les *minimum contacts* seront considérés comme suffisants à l'égard d'un site

³⁸⁵ *United States Court of Appeals, Sixth Circuit*, 22.07.1996, *Compuserve Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (cet arrêt précède *Zippo*, mais est cité par ce dernier et reste un exemple cohérent de la prise en compte de ce type de contact).

³⁸⁶ *United States District Court, N.D. Illinois*, 27.04.98, *Vitulo v. Velocity Powerboats Inc.*, 1998 WL 246152 (N.D.Ill.), p. 5-6 (prend en compte une page permettant de confirmer sa présence à des événements organisés par la société gérant un site); *United States District Court, D. Colorado*, 28.09.99, *Wise v. Lindamood*, 89 F.Supp.2d 1187, p. 1194 (qualifie d'interactif un site permettant de s'inscrire pour recevoir des prospectus via email); *United States District Court, D. Colorado*, 05.04.07, *Nestlé Prepared Foods Co., v. Pocket Foods Corp.*, 2007 WL 1058550 (D.Colo.), p. 4 (un portail web regroupant les adresses emails des différents distributeurs d'un produit est considéré comme modérément interactif).

³⁸⁷ *United States Court of Appeals, Tenth Circuit*, 09.03.00, *Intercon v. Bell Atlantic Internet Solutions Inc.*, 205 F.3d 1244.

actif, et la compétence pourra être justifiée à son encontre ; *a contrario*, un site passif échappera à tout exercice de la compétence fondé sur le *Zippo test*.³⁸⁸

382. Plus délicate est la question des sites dits interactifs, qui incarnent la catégorie du milieu de cette échelle. Il s'agit de sites dont la structure permet certains contacts avec son auteur, mais dont l'intensité n'est pas suffisante pour convaincre le juge. Par exemple, ce sera le cas de sites ne proposant que des contacts par e-mail ou qui permettent de consulter un catalogue de vente mais non de commander des marchandises. Dans ce cas de figure, il n'existe pas de réponse claire : l'arrêt *Zippo* énonce assez sommairement que, face à un site interactif, un juge devra se fonder selon les circonstances de l'espèce.³⁸⁹ Le flou planant sur cette catégorie a donné naissance à une jurisprudence incohérente.³⁹⁰ Pour notre part, nous retiendrons que le milieu de l'échelle du *Zippo test* ne nous propose pas de solution claire et qu'une carence théorique subsiste à ce niveau.³⁹¹ Nous verrons d'ailleurs que celle-ci a en partie poussé les cours américaines à s'éloigner de ce test.

3) Relation entre l'interactivité et la survenance des contacts

383. A ce stade de l'exposé, il nous faut effectuer une distinction importante. Le critère de l'interactivité ne fait que mesurer les possibilités de contact qu'un site peut offrir aux usagers situés dans un lieu déterminé. Proche, mais séparée, est la question est de savoir si des contacts réels et effectifs ont été consommés par l'emploi de ces moyens interactifs. La distinction est fine, mais cruciale, car lorsque ces deux éléments se contredisent, l'application du *Zippo test* peut devenir délicate. Par exemple, un site permettant aux usagers situés dans l'État X de s'abonner à un fil d'articles payants sera considéré comme « actif » vis-à-vis de l'État X. Mais qu'en est-il s'il n'a, dans les faits, aucunement été sollicité par les usagers de cet État ? Le *Zippo test* permettrait-il de justifier la compétence sur une seule possibilité technique de contact offerte par le site, indépendamment de l'existence de transactions proprement dites ?

384. Intuitivement, la réponse à cette question devrait être non. Bien que le *Zippo test* se concentre principalement sur le niveau d'interactivité d'un site, la présence ou non de contacts effectifs est traditionnellement reconnue comme étant la pierre angulaire de la notion de *minimum contacts*. Cette préoccupation se retrouve dans l'arrêt *Zippo* lui-même : il fut considéré comme déterminant que la firme

³⁸⁸ Voir *supra* p. 108. Pour d'autres *leading cases* américains soutenant cette distinction entre site actif et site passif, voir *United States Court of Appeals, Sixth Circuit*, 22.07.96, *Compuserve Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257; *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 10.07.97, *Bensusan Restaurant Corp., v. King*, 126 F.3d 25; *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, 2.12.97, *Cybersell Inc. v. Cybersell Inc.*, 130 F.3d 414.

³⁸⁹ Voir *supra* p. 108.

³⁹⁰ Pour une discussion détaillée de la jurisprudence sur cette question précise, voir GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUURA, *Law of the Internet*, *op. cit.*, vol. 1, p. 3-42 à 3-51.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 3-84 à 3-84.1, F. LAWRENCE STREET / MARK P. GRANT, *Law of the Internet*, *op. cit.*, p. 3-4 à 3-5.

défenderesse, en plus d'exploiter un site considéré comme actif, ait contracté par son entremise avec au moins 3000 résidents de la juridiction du for.³⁹²

385. D'autres cours ont suivi cette interprétation. En 2005, une *Court of Appeal* fédérale trancha dans la même direction dans un arrêt *Trintec v. Pedre Promo*. Dans ses considérants, elle reconnut que le *Zippo test* lui permettait de justifier l'exercice de sa compétence sur la base de l'existence d'un site Internet. Mais, pour ce faire, il n'était pas suffisant de constater que celui-ci était actif : il fallait de plus prouver qu'il avait dans les faits été consulté et utilisé par une partie du public situé dans le lieu visé. Ne disposant pas *in casu* de preuves à cet effet, elle se refusa de trancher et renvoya les parties devant une juridiction inférieure pour régler cette question de fait.³⁹³

386. La solution dégagée de ces deux arrêts nous apparaît comme raisonnable : même si l'interactivité d'un site est la mesure principale du *Zippo test*, c'est l'existence de contacts réels qui est à même de mesurer la portée véritable de son activité.³⁹⁴

387. Malheureusement, le *Zippo test* n'est pas toujours interprété en ce sens. Un courant jurisprudentiel partagé par plusieurs cours de degré inférieur tend au contraire à considérer l'interactivité technique comme la condition unique de l'analyse du *Zippo test*. Selon cette interprétation, le seul fait qu'un site soit actif peut être suffisante pour justifier la compétence d'une cour américaine, au mépris de tout autre élément factuel.

388. Un exemple parlant nous vient d'une *District Court* de l'Illinois, dans l'arrêt de 2001 *Ty, Inc v. Baby Me*.³⁹⁵ Les faits voyaient une société hawaïenne de vente de peluches par Internet se défendre pour usage illégal de sa marque en Illinois. Appliquant le *Zippo test*, les juges retinrent que le site était actif car il permettait de commander des produits depuis tout le territoire étasunien. La défenderesse tenta d'argumenter que son site était certes actif, mais que ses contacts effectifs avec l'Illinois étaient inexistantes ; elle n'y avait vendu que trois peluches à l'occasion d'une commande unique qui n'était pas relatée à la dispute. En vain : la seule nature du site fut suffisante pour conclure à une prise appropriée de compétence.³⁹⁶

³⁹² *Zippo v. Zippo*, p. 1125-1126.

³⁹³ *United States Court of Appeals, Federal Circuit*, 19.01.05, *Trintec Industries Inc. v. Pedre Promotional Products Inc.*, 395 F.3d 1275, p. 1281-1283.

³⁹⁴ Partageant cette interprétation, voir aussi *United States District Court, D. Oregon*, 04.01.99, *Millennium Enterprises Inc., v. Millennium Music, LP*, 33 F.Supp.2d 907, p. 920-923; *United States District Court, E.D. Missouri, Eastern Division*, 13.04.00, *Uncle Sam's Safara Outfitters Manhattan Inc. v. Uncle Sam's Army Navy Outfitters Niagara Falls Inc.*, 96 F.Supp.2d 919.

³⁹⁵ *United States District Court, N. D. Illinois, Eastern Division*, 20.04.01, *Ty, Inc v. Baby Me Inc.*, 64 U.S.P.Q.2d 1442.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 5-8. Voir aussi DANIEL STEUER, *The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo*, *op. cit.*, p. 319-320.

389. Dans le même ordre d'idées, dans un arrêt *Quality Design v. Tuff Coat*,³⁹⁷ une *Court of Appeal* de la Louisiane estima que la nature passive du site web d'une entreprise de matériaux située au Colorado justifiait à elle seule le rejet de sa compétence.³⁹⁸ Et cela, quand bien même que la société défenderesse avait directement contracté avec au moins quatre entreprises de revente situées dans cette juridiction. Bien que techniquement passif, ce site encourageait de plus les résidents de la Louisiane à faire appel à leurs services. Dans cet arrêt, l'un des juges rédigea un avis dissident dans lequel il mit ses confrères en garde de ne pas se laisser aveugler par le critère de l'interactivité proposé par le *Zippo test* et de se concentrer sur l'existence des contacts factuellement consentis.³⁹⁹

390. Dans l'absolu, il faut apprécier ces derniers exemples avec retenue, car ils découlent d'une application rigide, voire myope, du *Zippo test*. Ils ont été à juste titre critiqués par la doctrine américaine, et ne doivent pas être considérés comme des exemples à suivre.⁴⁰⁰ Mais d'un point de vue théorique, ce courant jurisprudentiel nous permet de mieux faire ressortir le cœur de ce *Zippo test*, et de mieux le distinguer d'autres approches telles que le *targeting test*. Ici, c'est l'interactivité technique d'un site qui occupe le premier plan, et qui sert de point de départ pour mesurer l'étendue objective des contacts noués avec une juridiction. Le but n'est pas de déterminer de façon générale quel est le public « visé » par son exploitant, mais d'examiner si le site propose des avenues de contact avec son exploitant.

391. Ce schisme jurisprudentiel nous permet également de constater les différences d'interprétations planant sur l'emploi de ce *Zippo test* aux États-Unis. A l'image du reste de la matière, celui-ci n'est pas toujours cohérent et peut largement varier selon les cours et les juridictions.

³⁹⁷ *Court of Appeal of Louisiana, First Circuit*, 12.07.06, *Quality Design & Construction Inc. v. Tuff Coat Manufacturing*, 939 So.2d 429.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 434-435.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 435-436.

⁴⁰⁰ JOANN K. COSTON, *Embrace the New, but don't Forget About the Old : Asserting Personal Jurisdiction Over the New Internet Age*, *op. cit.*, p. 268-278; DANIEL STEUER, *The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo*, *op. cit.*, p. 441. Pour d'autres exemples de ce courant jurisprudentiel, voir *United States District Court, D. Colorado*, 05.04.07, *Nestlé Prepared Foods Co., v. Pocket Foods Corp.*, 2007 WL 1058550 (D.Colo.) (accepte la compétence à l'encontre d'un site regroupant les adresses des distributeurs d'un produit, et permettant des commandes par email ; la cour note que le nombre de ventes effectives n'est pas important), *United States District Court, C.D. California, Southern Division*, 6.08.99, *Stomp, Inc., v. Neato LLC.*, 61 F.Supp.2d 1074 (accepte la compétence à l'encontre d'un site actif de vente, alors que seulement deux commandes ont eu lieu depuis la Californie), *United States District Court, D. Oregon*, 11.07.00, *Tech Heads, Inc. V. Desktop Service Center, Inc.*, 105 F.Supp.2d 1142 (un site « hautement interactif » est suffisant pour attirer une société étrangère, même si elle n'a effectué qu'une seule transaction commerciale dans la juridiction dur for).

D) Carences et évolution

1) Critiques

392. Nous avons ci-dessus tenté de synthétiser au mieux les caractéristiques du *Zippo test* : soit, son emploi du critère de l'interactivité objective, sa conception d'une échelle entre site passif et actif, ainsi que les différences d'interprétations qui ont surgi lors de son application. Nous évaluerons et critiquerons dans l'abstrait ce test au sein de la partie analytique de ce travail. A cette occasion, nous verrons s'il peut inspirer notre recherche de solutions. Toutefois, et sans vouloir empiéter sur cette partie de notre texte, il nous semble pertinent d'avancer déjà ici deux objections formulées par la jurisprudence et la doctrine américaine à l'encontre de cette approche. Cela nous permettra de mettre plus facilement en perspective l'évolution de la jurisprudence américaine vers le test dit du *targeting*.⁴⁰¹

393. Premièrement, comme nous l'avons déjà laissé entendre plus haut, le modèle théorique du *Zippo test* n'offrait pas de vraie solution pour les sites dits interactifs.⁴⁰² Au final, ce test n'était véritablement utile que lorsque qu'ils étaient reconnus comme pleinement actifs ou passifs. Or, ceux-ci étaient déjà les plus faciles à résoudre, même sans *Zippo test*.⁴⁰³

394. Deuxièmement, et cela nous concerne tout particulièrement, l'emploi de l'interactivité comme critère central a été critiqué comme étant inapproprié. Au fond, l'interactivité générale d'un site n'était qu'un aspect mineur de l'atteinte faite à la victime, et n'avait souvent qu'un lien ténu avec les contacts précis ayant donné lieu à la dispute. En diffamation, surtout, l'interactivité n'était pas pertinente : un site passif, n'offrant aucune possibilité de contact, était pleinement capable de diffamer de façon grave une personne sur tout le territoire Américain. La distinction entre sites actifs et passifs n'offrait donc qu'une solution en trompe-l'œil.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Pour plus de détails sur ces critiques, nous vous renvoyons à notre partie analytique concernant le *Zippo test*, en *infra* p. 272ss.

⁴⁰² Voir *supra* p. 111.

⁴⁰³ BRIAN D. BOONE, Libelsey! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *op. cit.*, p. 257-258; MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1379; TITI NGUYEN, A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition, 19 Berkeley Tech. L. J. (2004), p. 519ss, spec. p. 537-538; DANIEL STEUER, The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo, *op. cit.*, p. 321-322; DENNIS T. YOKOYAMA, You Can't Always Use the Zippo Code : The Fallacy of an Uniform Theory of Uniform Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1168-1173. Voir enfin les critiques émises par les juges dans *United State District Court, W.D. Winsconsin*, 8.01.04, Hy City Corporation LLC v. Badbusinessbureau.com LLC, 297 F.Supp.2d 1154, p. 1160.

⁴⁰⁴ PATRICK J. BORCHERS, Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction, *op. cit.*, p. 489-491; CATHERINE ROSS DUNHAM, Zippo-ing the Wrong Way: How the Internet has Misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analyses, *op. cit.*, p. 579-584; MARC H. GREENBERG, A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market, *op. cit.*, p. 1203. Voir aussi *Appellate Court of Illinois, Fifth District*, 24.04.07, Howard v. Missouri Bone and Joint Center Inc., 373 Ill.App.3d 738, p. 742-743; *United State District Court, W.D. Winsconsin*, 08.01.04, Hy City Corporation LLC v. Badbusinessbureau.com LLC, 297 F.Supp.2d 1154, p. 1160. Enfin, pour un exemple d'application malaisé du *Zippo test* à la diffamation, voir *United States District Court, D. Arizona*, 16.12.08,

2) Du Zippo test au targeting test

395. Sensibles à ces carences, plusieurs juridictions américaines remirent en question la place du *Zippo test* dans leur analyse, et y préférèrent une méthode plus générale allant au-delà de la simple interactivité. Quelquefois nommée *targeting* ou *effects plus targeting*, celle-ci eut pour but de prendre en compte tous les éléments permettant de délimiter la portée géographique voulue d'un site Internet. C'est sur cette notion que nous allons dès à présent nous concentrer.

396. Pour en finir avec le *Zippo test*, bien qu'il ne soit aujourd'hui plus aussi populaire qu'à son époque, il n'a pas entièrement disparu. Seulement, sa mesure de l'interactivité d'un site n'est plus qu'un indice comme un autre permettant de déceler une volonté de *targeting*, et n'occupe plus le premier plan d'une telle analyse.⁴⁰⁵

§ VI. Le targeting test

A) Notion

397. L'idée tapie derrière le terme de *targeting* est simple à expliquer : il s'agit de déceler quelles sont les juridictions visées par l'activité d'un site Internet. En contraste avec le *Zippo test*, vu plus haut, le *targeting test* ne se concentre pas uniquement sur l'interactivité technique. Tout indice, qu'il provienne de la structure du site, de son activité, ou même du comportement subjectif de son exploitant, est pertinent. Le *targeting test*, en tout cas tel que conçu aux États-Unis, a un fort élément

Kruska v. Perverted Justice Foundation Inc., 2008 WL 5235373 (D.Ariz.), p. 5-6 (un site web passif qui ne fait que poster les coordonnées d'une personne en la qualifiant de pédophile n'est pas suffisamment actif pour être attrait devant les cours du domicile de la victime).

⁴⁰⁵ Pour des exemples de l'abandon du *Zippo test*, voir *United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit*, 11.01.00, GTE New Media Services Inc., v. Bellsouth Corp., 199 F.3d 1343, p. 1348-1350; *United States Court of Appeals, Third Circuit*, 27.01.03, Toys "R" US, Inc., v. Step Two SA, 318 F.3d 446, p. 451-454; *United States Court of Appeals, Sixth Circuit*, 06.03.02, Neogen Corp. v. Neo Gen Screening Inc., 282 F.3d 883; *United State District Court, W.D. Winsconsin*, 08.01.04, Hy City Corporation LLC v. Badbusinessbureau.com LLC, 297 F.Supp.2d 1154, p. 1161-1167; *United States District Court, D. Maryland*, 30.11.04, Shamsuddin v. Vitamin Research Products, 346 F.Supp.2d 804, p. 811-813; *Appellate Court of Illinois, Fifth District*, 24.04.07, Howard v. Missouri Bone and Joint Center Inc., 373 Ill.App.3d 738, p. 743-744. Considérer également *United States Court of Appeals, Fourth Circuit*, 14.06.02, ALS Scan Inc. v. Digital Service Consultants, Inc., 293 F.3d 707, p. 714. (le texte de cet arrêt dit adopter et approuver le *Zippo test*. En réalité, la cour a appliqué une approche plus proche du *targeting test*). Cet emploi du *targeting* dans le Fourth Circuit a été confirmé dans l'arrêt Young v. New Haven, que nous examinons en détail en *infra* p. 122ss. Pour des auteurs mettant cette tendance en evidence, voir MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1372-1379, HOLGER P. HESTERMEYER, Personal Jurisdiction for Internet Torts, Towards an International Solution?, *op. cit.*, p. 278-280; MORITZ KELLER, Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States, *op. cit.*, p. 37; ANDREAS MANOLOPOULOS, Raising Cyber-Borders, the Interaction between Law and Technology, *op. cit.*, p. 55-57; F. LAWRENCE STREET / MARK P. GRANT, Law of the Internet, *op. cit.*, p. 3-4 à 3-7.

d'intentionnalité car il s'agit d'entrer dans la volonté du défendeur et d'y déceler le positionnement voulu de son site Internet.⁴⁰⁶

398. Ainsi formulé, le concept est facile à saisir. Mais il est difficile à concrétiser : comment peut-on déterminer le public visé par un site Internet ? Quels seraient les critères d'une telle analyse ? Et, en matière de diffamation, comment déterminer la destination géographique d'un article publié sur le réseau ? Notre présentation de ce concept, tel qu'il existe actuellement aux États-Unis, se fera en trois parties.

399. Premièrement, nous expliquerons brièvement la place qu'occupe actuellement le *targeting test* auprès des cours américaines. Nous montrerons à cet effet que le terme *targeting test* est trompeur: plutôt qu'un test à part entier, il peut venir s'immiscer au sein d'autres approches, telles que le *Zippo test* ou le *effects test*. Ensuite, nous parlerons des critères employés pour mesurer ce *targeting test*. Nous relèverons la grande diversité de l'application de ce test au travers des divers tribunaux étasuniens, ainsi que l'importance de la partie subjective de son emploi.

400. Nous aborderons finalement le sujet de la diffamation par Internet qui a récemment donné naissance à une tendance jurisprudentielle nouvelle et abondante. Nous analyserons l'arrêt de principe *Young v. New Haven*, qui popularisa le critère dit de la focalisation expresse du message diffamatoire, et passerons en revue ses applications dans les arrêts qui l'ont suivi.

B) Développement et rôle du *targeting test*

401. La myopie du *Zippo test* a poussé les cours américaines à se remettre en question et à adopter un modèle permettant de prendre en compte plus d'éléments que l'unique interactivité. Ce processus fut progressif ; ainsi on ne trouve pas, dans les arrêts américains, d'adoption directe d'un *targeting test* en tant que tel. Ce test apparut naturellement, par une mutation progressive des tests existants. Afin de mieux situer l'évolution de la matière aux États-Unis, nous présenterons brièvement ici le cadre juridique formel entourant la naissance de ce *targeting test*. Cela nous permettra d'ensuite analyser son emploi de façon plus abstraite, de manière à la sortir du cadre américain et l'amener vers notre recherche de solutions.

402. De façon générale, les cours ont employé deux procédés pour intégrer cette notion dans leur jurisprudence : le *Zippo test plus*, et le *effects plus targeting*.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Le terme "*targeting test*" nous vient du professeur canadien MICHAEL A. GEIST, qui l'employa pour développer un test en trois parties, prenant en compte la présence de contrats préalables entre l'internaute et le site, l'utilisation de techniques de filtrage, ainsi que la bonne foi du défendeur. Malheureusement, cet effort de structure du *targeting* ne fut pas repris de façon cohérente par la jurisprudence américaine. Voir BRIAN D. BOONE, *Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally*, *op. cit.*, p. 271; MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1386-1405; MORITZ KELLER, *Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States*, *op. cit.*, p. 41-42, et 50-52.

⁴⁰⁷ Cette schématisation nous est tirée de TITI NGUYEN, *A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition*, *op. cit.*, p. 519ss, spec. p. 529-533.

1) *Zippo test plus*

403. Comme son nom l'indique, le *Zippo test plus* reprend comme élément de base le *Zippo test* et son critère de l'interactivité technique. Mais cette fois-ci, la qualification d'un site actif ou passif n'est que le point de départ d'une réflexion fondée sur le *targeting*, prenant en compte des critères supplémentaires.

404. Dans *Toys « R » Us v. Step Two*, un arrêt de 2003, la *Court of Appeals* du *Third Circuit* adopta implicitement cette approche.⁴⁰⁸ Les faits voyaient *Step Two*, une société espagnole, utiliser sur son site Internet une marque qu'elle détenait en Espagne. Le problème était que cette même marque était aux États-Unis enregistrée par la chaîne de magasins de jouets Toys-R-Us. Cette dernière intenta action en contrefaçon devant les tribunaux du New Jersey, soit le lieu de son établissement principal, sur la base de la présence du site. Au demeurant, *Step Two* n'avait conduit aucune activité dans cette juridiction.⁴⁰⁹

405. Devant la *Court of Appeals*, la question était de savoir si la présence du site Internet était à elle seule capable de fonder la compétence à l'encontre de la société espagnole. Pour y répondre, la cour commença par une analyse du type *Zippo*. D'après son analyse, le site de la défenderesse était actif et possédait une nature commerciale car il permettait à l'utilisateur, même américain, d'acheter des marchandises, et de s'inscrire sur une *mailing list* promotionnelle. Selon une application stricte de *Zippo*, cela aurait possiblement pu justifier l'exercice de la compétence.⁴¹⁰

406. La cour considéra toutefois que le caractère actif d'un site n'était qu'un indice parmi d'autres du public visé par son exploitant. Et, *in casu*, elle releva que d'autres faits montraient que les États-Unis n'étaient pas visés par l'activité du site de la défenderesse : il était rédigé en espagnol, ses prix étaient en pesetas ou en euros, et les champs où les visiteurs entrent leur adresse n'étaient pas formatés pour accueillir des adresses américaines.⁴¹¹ Et même si Toys R Us avait réussi à commander des marchandises depuis les États-Unis à titre de preuve, la correspondance entre les deux parties montrait que *Step Two* ne s'attendait pas à livrer en ce lieu.⁴¹² Bref, même si le site au centre de la dispute était vraisemblablement actif, une analyse générale fondée sur des éléments de type *targeting* put montrer qu'il ne s'adressait pas au public américain. La cour conclut donc à l'absence de *minimum contacts*, et au rejet de sa compétence à l'encontre de *Step Two*.⁴¹³

⁴⁰⁸ *United States Court of Appeals, Third Circuit, 27.01.03, Toys "R" US, Inc., v. Step Two SA, 318 F.3d 446.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 448-451.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 450 et 454.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 454-455.

⁴¹² *Ibid.*, p. 450-451, et 454 note 5.

⁴¹³ En fin de compte, l'affaire fut renvoyée devant les juridictions inférieures pour d'autres motifs. Voir *Ibid.*, p. 458.

407. Cet arrêt représente bien le réflexe, presque naturel dira-t-on, du juge américain se retrouvant face aux carences du *Zippo test*. L'interactivité technique ne lui apportant pas de réponse satisfaisante, il élargit alors son champ d'analyse afin d'y inclure une considération, plus générale, de l'activité du défendeur. Du *Zippo test* naît donc le *targeting*.

2) *Effects test et effects plus targeting*

408. D'autres cours, peu séduites par les possibilités offertes par le *Zippo test*, décidèrent, une fois confrontés au problème de l'ubiquité d'Internet, de rejeter celui-ci et de recentrer leur analyse de la compétence sur l'*effects test* traditionnel déduit de l'arrêt *Calder v. Jones*. Pour mémoire, ce test juridictionnel, généralement employé en matière d'actes illicites, se concentre sur les effets géographiques prévisibles de la conduite du défendeur. Pour que l'exercice de compétence soit cohérent avec le *due process*, l'*effects test* exige trois conditions : il faut que le défendeur ait commis un acte illicite, que ce dernier ait produit ses effets dans la juridiction du for, et qu'il ait dirigé cet acte illicite en ce lieu. Comme nous l'avons vu dans *Calder v. Jones*, cet *effects test* permet au demandeur de saisir assez facilement les tribunaux d'un lieu touché par une diffamation.⁴¹⁴

409. Dans un premier temps, quelques unes de ces cours employèrent l'*effects test* pour justifier l'exercice de compétence dès qu'un site diffamatoire était disponible depuis leur juridiction, et qu'il était à même de créer un dommage en ce lieu.⁴¹⁵ Se fondant sur la simple accessibilité, dissociée de tout *targeting*, elles rejoignirent en substance l'approche de l'accessibilité déjà décrite plus haut dans notre section sur la jurisprudence *Inset*. Nous ne reviendrons pas sur celle-ci.⁴¹⁶

410. Une seconde tendance jurisprudentielle, aujourd'hui majoritaire, mit plus d'emphase sur la troisième exigence de l'*effects test*, soit celle de l'activité dirigée vers le lieu du for. Elle considéra que, en matière d'Internet, cette condition se devait d'exiger un degré qualifié d'intentionnalité. En conséquence, il n'était pas suffisant de prouver que le lieu du for était touché par le dommage et que le site incriminé y est disponible ; il fallait de plus montrer que celui-ci avait sciemment dirigé son site Internet en ce lieu.⁴¹⁷ Pourtant partie du même fondement théorique, cette

⁴¹⁴ Voir *supra* p. 102-103.

⁴¹⁵ Pour des exemples d'application de cet *effects test* teinté du principe de l'accessibilité, voir *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 24.12.97, *Janmark v. Reidy*, 132 F.3d 1200; *United States District Court, D. Arizona*, 21.11.98, *EDIAS Software International Ltd. v. BASIS International Ltd*, 947 F.Supp. 413 (1998). Notant cette tendance, voir TITI NGUYEN, *A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition*, *op. cit.*, p. 535-536.

⁴¹⁶ Pour notre présentation de cette approche et des arguments la justifiant, voir *supra* p. 59ss.

⁴¹⁷ *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 08.04.10, *Tamburo v Dworkin*, 601 F.3d 693, p. 702-708; *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, 02.12.97, *Cybersell Inc. v. Cybersell Inc.*, 130 F.3d 414, p. 420; *United States Court of Appeals, Third Circuit*, 09.09.98, *Imo Industries Inc. v. Kiekert AG.*, 155 F.3d 254, p. 261-266; *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, *Panavision Intern., L.P. v. Toeppen*, 17.04.98, 141 F.3d 1316, p.1321-1322. Voir aussi BRIAN D. BOONE, *Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally*, *op. cit.*, p. 263-267; TITI

interprétation a abouti sur une approche plus exigeante pour le demandeur que l'*effects test* dit traditionnel. Nous la dissociérons de ce dernier test par le terme *effects plus targeting*.

411. Que le lecteur apprécie cette distinction avec réserve : en réalité, l'interprétation prêtée à l'*effects test* n'est pas aussi tranchée que nous l'exposons et certains auteurs ont déploré la confusion qui règne encore en la matière.⁴¹⁸ Même au niveau purement terminologique, les articulations entre les différentes déclinaisons de l'*effects test* sont loin d'être claires.⁴¹⁹ Pour notre part, il nous suffira de souligner l'importance grandissante des éléments de type *targeting* au sein de l'emploi de l'*effects test*.

412. En résumé, que l'on parle de *Zippo plus* ou de *effects plus targeting*, il est apparent que les cours américaines privilégient actuellement ce critère du *targeting* pour saisir l'ubiquité d'Internet. Reste à mettre en évidence les critères précis d'une telle analyse. A partir de maintenant, nous laisserons de côté les distinctions terminologiques et méthodologiquement propre au système américain pour nous

NGUYEN, A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition, *op. cit.*, p. 530-531.

⁴¹⁸ TERESA J. CASSIDY, Civil Procedure : Effects of the « Effects Test »: Problems of Personal Jurisdiction and the Internet; Dudnikov v. Chalk & Vermillion Fine Arts Inc., 514 F.3D 1063 (10th Cir. 2008), *op. cit.*, p. 591-592; C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, Towards a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects, *op. cit.*, p. 618-620; MORITZ KELLER, Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States, *op. cit.*, p. 45. Comme exemple de cette confusion, voir *United States Court of Appeals, Tenth Circuit*, 28.01.08, Dudnikov v. Chalk & Vermillion Fine Arts, Inc., 514 F.3d 1063. Cet arrêt prétend utiliser le *effects test* avec un élément de *targeting*, mais fonde sa compétence à l'encontre du défendeur étranger sur la base de l'unique envoi d'une notice d'annulation sur Ebay. Il fut critiqué comme confus et ne protégeant pas suffisamment le défendeur, dans p. ex. TERESA J. CASSIDY, Civil Procedure : Effects of the « Effects Test »: Problems of Personal Jurisdiction and the Internet; Dudnikov v. Chalk & Vermillion Fine Arts Inc., 514 F.3D 1063 (10th Cir. 2008), précit.; CATHERINE L. HOLEY, Dudnikov v. Chalk & Vermillion Fine Arts Inc. : Internet Based Minimum Contacts, 34 Okla. City U. L. Rev., p. 219ss, spec p. 235-239. Etrangement, Dudnikov fut cité avec approbation par la *Court of Appeals du Tenth Circuit* dans un arrêt récent, qui appliqua le *effects plus targeting test* de façon argumentée et correcte. Voir *Tanburo v. Dworkin* (précit.).

⁴¹⁹ La terminologie américaine est loin d'être uniforme en la matière. Les auteurs emploient les termes « *effects test* » pour désigner tant ce que nous appelons l'*effects test* traditionnel que l'*effects plus targeting*. En lisant la doctrine, il faudra donc bien faire attention à effectuer la distinction entre ces deux approches aux terminologies proches mais matériellement dissemblables. A titre d'exemple, nous pouvons confronter deux citations d'auteurs différents : « *The primary difference between a targeting-based approach and an "effects" - based approach lies in the intention of the defendant. Whereas an "effects" framework focuses on whether the defendant could have foreseen its activities impacting a forum state, a targeting analysis requires that a defendant specifically aim its online activities at a forum to come under the jurisdiction of that state.* » (BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *op. cit.*, p. 265-266); « *Under the Ninth Circuit's formulation, the effects test has three simple elements: intent, targeting, and foreseeable harm. To meet the first element of the test, a plaintiff that seeks to hail a foreign defendant to its home forum would first have to show that the defendant subjectively intended for its online contacts to reach that forum To meet the second element, the plaintiff would have to show that the contact displayed characteristics, evincing that the plaintiff(sic)* targeted the forum, or rather, adapted its contact in such a way as to elicit an improved response from the forum. [...]* ». (MATTHEW CHIVVIS, Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction, 41 U.S.F. L.Rev. (2007), p. 699ss, spec. p. 718) (*A notre avis, le terme *plaintiff* est une coquille. Il faut ici lire *défendant* pour que la phrase ait un sens.). Le premier auteur fait une distinction entre l'*effects test* traditionnel, fondé sur les effets d'un acte illicite prévisible, et l'*effects plus targeting* qui demande de « viser » une juridiction précise. Le second auteur, au contraire, dit décrire une formulation de l'*effects test* en général alors que le degré d'intentionnalité est plus proche de celui de l'*effects plus targeting*.

concentrer sur les éléments qui nous seront utiles pour notre recherches de solutions. Dans un premier temps, nous nous intéresserons aux critères formant généralement le corps de ce test. Dans un second, nous examinerons la jurisprudence ayant spécifiquement trait à la diffamation.

C) Critères généraux formant le *targeting test*

413. Comme énoncé précédemment, le *targeting test* est un test *ad-hoc*, casuistique, qui tend à s'aider d'un faisceau d'indices factuels afin de déterminer la destination géographique d'un site Internet.

414. Tout au long de ce chapitre, nous avons mis l'accent sur la confusion régnant au sein de l'application pratique des tests liés à Internet. La formulation de ce test n'en est pas une exception à ce phénomène, et il n'existe pas aux États-Unis de ligne jurisprudentielle claire régissant son emploi. Les critères à prendre en compte, ainsi que la structure du test lui-même peuvent varier largement de juridiction en juridiction. Quelques généralités ressortent cependant de la pratique.

415. Un set de critères reconnu comme étant toujours pertinent tient à la structure même du site. Dans les cas internationaux, sont généralement pris en compte des éléments tels que le *Top Level Domain*, la langue du site, les possibilités géographiques de livraison, la langue et le type de publicités y présentes, ainsi que les types de monnaies acceptées pour les transactions.⁴²⁰ Le test d'interactivité, issu du *Zippo test*, peut également avoir son mot à dire. Certaines cours, pour déterminer si leur for est « visé », vont même plus loin et y adjoignent une analyse des contacts commerciaux consentis en dehors du cadre du site Internet.⁴²¹

416. Ces critères furent employés à bon escient par la *Court of Appeals* du *Third Circuit* pour écarter sa compétence à l'encontre d'une entreprise espagnole dans l'arrêt *Toys R. Us v. Step Two*, déjà détaillé plus haut.⁴²² Un autre exemple de l'emploi de ces éléments de *targeting* dans le contexte international est l'arrêt *America Online Inc. v. Huang*,⁴²³ qui se déroula également dans le domaine de la protection des marques.

417. Le litige opposait America Online, le célèbre fournisseur d'accès établi en Virginie, à eAsia, une entreprise de services par Internet constituée en Californie

⁴²⁰ BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *op. cit.*, p. 270-271; MATTHEW CHIVVIS, Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction, *op. cit.*, p. 718-719; KEVIN A. MEEHAN, The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction, 31 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. p. 345ss, spec. p. 358-359.

⁴²¹ BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *op. cit.*, p. 268; JONATHAN D. HART, Law of the Web : A Field Guide to Internet Publishing, Denver Colo. 2003, p. 225 et 227-228.

⁴²² Voir *supra* p. 117.

⁴²³ *United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division*, 13.07.00, *America Online Inc. v. Huang*, 106 F.Supp.2d 848 (2000).

mais exerçant son activité exclusivement en Asie, depuis Taipei en Taïwan.⁴²⁴ AOL actionna les tribunaux de son État pour une action en violation de sa marque ICQ, utilisée sans permission par la défenderesse sur l'un de ses sites. La seule connexion qu'avait eAsia avec la Virginie était un contrat passée entre elle et un registre de noms de domaine qui lui permettait d'utiliser « picq.com » et « picq.net ». La cour dut déterminer si ces contacts étaient suffisants pour justifier sa compétence.⁴²⁵

418. La demanderesse alléguait que la violation de la marque était à elle seule apte à créer ces *minimum contacts*. Dans un raisonnement proche de l'*effects test* traditionnel, elle argumenta que eAsia savait pertinemment qu'elle violait la marque d'une société virginienne, et que, par la conscience du lieu touché par ces effets néfastes, elle avait dirigé son activité dans cet État.⁴²⁶

419. La cour ne fut pas de cet avis. Elle estima que même la compétence des tribunaux au lieu des effets d'un acte illicite se devait d'être accompagnée par la présence de vrais contacts, consentis et dirigés par la défenderesse. Elle retint que eAsia n'avait aucunement dirigé le site litigieux envers la Virginie et que son activité était exclusivement centrée sur l'Asie. Les contrats passés en Virginie, qui ne concernaient que des enregistrements noms de domaines, ne pouvaient pas non plus être compris comme une telle activité. L'exigence des *minimum contacts* n'était donc pas remplis.⁴²⁷

420. Les indices qui poussèrent la cour à situer l'activité de eAsia en Asie furent énoncés en note de bas de page : il s'agissait de la langue du site, qui était en chinois ; la portée des services y offerts, qui étaient centrés sur l'Asie ; la location des serveurs, tous situés en Asie ; et l'affirmation que les services de eAsia ne seraient pas intéressants pour des clients situés dans l'État de la Virginie.⁴²⁸

421. *Toys R. Us* et *eAsia* nous montrent comment la langue, la monnaie, ou encore les possibilités de livraison peuvent aux États-Unis être cruciales dans une analyse du type *targeting*. Cela dit, l'emploi judiciaire de ces critères reste peu courant, car la majorité des disputes portées devant les cours sont du type interétatique. Et, dans ce contexte, ils sont bien moins pertinents, voire inutiles : il sera difficile, nous conviendrons, de faire la différence entre un site californien et un site new-yorkais en s'appuyant sur la langue, la monnaie, le nom de domaine, ou tout autre critère fondé sur les différences entre les nations.

422. Sans possibilité de s'aider de ces éléments, les cours américaines développèrent une autre approche du *targeting*, dans laquelle le contenu d'un site Internet est interprété comme une émanation de la volonté subjective du défendeur.

⁴²⁴ L'arrêt ne décrit pas très précisément quelle était la portée exacte des activités de EAsia : « *eAsia, through its subsidiaries, develops Internet related software and provides Internet related services for customers in Taiwan and other parts of Asia.* », p. 850.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 858-859.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 858-860.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 859 note 35.

On s'éloigne alors de critères plus objectifs comme ceux décrits plus hauts, pour entrer dans un examen de l'intention cachée derrière le message véhiculé par le site analysé. En matière de diffamation, cette facette du *targeting* fut clarifiée et systématisée dans l'arrêt de principe *Young v. New Haven Advocate*,⁴²⁹ qui est aujourd'hui suivi par une pluralité de tribunaux. C'est sur cet arrêt, et sur son emploi du critère dit de la focalisation expresse, que nous allons maintenant nous tourner.

D) Critères formant le targeting test en matière de diffamation : l'arrêt *Young v. New Haven Advocate* et la focalisation expresse

1) Contexte du litige

423. Le litige était fondé sur une série d'articles, publiés par deux journaux du Connecticut, le *New Haven Advocate* et le *Hartford Courant*. Ils concernaient un projet d'accord de déportation de prisonniers entre cet État et la Virginie, un sujet qui avait suscité de nombreux débats publics. Les articles litigieux étaient plutôt méfiants envers cet accord, et exposaient que les conditions de vie dans l'un des établissements virginiens étaient plutôt pauvres. Un passage allait jusqu'à le comparer à un « goulag ».⁴³⁰ L'un des gardiens de cet établissement fut pris à parti par l'un des articles qui laissait entendre qu'il avait des tendances racistes. S'estimant diffamé, ce gardien intenta action en diffamation auprès des tribunaux de son État de domicile, de résidence et de travail, la Virginie.

424. La portée de la publication papier des deux journaux était clairement locale car entièrement focalisée vers le Connecticut. Aucune parution, ni aucune sollicitation d'abonnements n'avait été faite en Virginie. Leur distribution se confinait entièrement au Connecticut, et de plus, aucun des auteurs de l'article, également poursuivis, n'avaient de contacts avec la juridiction saisie.⁴³¹ Mais les articles mis en cause étaient disponibles sur les sites Internet des défenderesses et librement consultables pour les internautes virginiens. C'est sur la base de cette mise à disposition sur le réseau que le demandeur tenta d'attirer les deux journaux en Virginie.⁴³² Ces derniers contestèrent la compétence judiciaire, d'abord devant le District Court de cet État, puis, sur recours, devant la *Court of Appeals* du *Fourth Circuit*.

⁴²⁹ *United States Court of Appeals, Fourth Circuit*, 13.06.02, *Young v. New Haven Advocate*, 315 F.3d 256 (2002) (ci-après : *Young v. New Advocate*).

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 258.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 259-260.

⁴³² *Ibid.*, L'arrêt ne nous révèle pas le nombre de consultations des articles de la part d'internautes Virginiens, si ce n'est qu'au moins sept d'entre eux étaient prévenus de la mise à jour car inscrits sur la *mailing list* du site de l'un des journaux.

2) *L'arrêt de la District Court de Virginie*

425. Afin de mieux faire ressortir les considérants de l'arrêt de la *Court of Appeals*, il nous est pertinent d'exposer en premier lieu l'argumentation de la cour inférieure.

426. Face à cette configuration de faits, elle appliqua un *effects test* du type traditionnel et arriva à la conclusion que l'exercice de sa compétence n'était pas déraisonnable. Certes, les sociétés d'édition défenderesses n'avaient pas conduit leur activité spécifiquement en Virginie, mais le fait restait qu'elles avaient publié des articles diffamant le demandeur dans cet État qui se trouvait être au centre de ses activités sociales et professionnelles. Comme les articles parlaient de l'établissement carcéral local où il travaillait et que l'un d'eux mentionnait directement son nom, il était clair pour la *District Court* qu'ils étaient capables de provoquer de forts effets néfastes et prévisibles à sa réputation en ce lieu.

427. Bref, en traitant d'un ressortissant virginien, les défenderesses pouvaient en tout cas s'attendre à être attirées devant les juridictions de cet État, car il était celui où l'atteinte à la réputation était focalisée.⁴³³

3) *L'arrêt de la Court of Appeals du Fourth Circuit*

428. Appelée à statuer sur recours, la *Court of Appeals* désavoua sa cour inférieure et appliqua un raisonnement opposé. Bien qu'elle employa également l'*effects test*, elle estima que la condition de la prévisibilité de l'atteinte se devait d'être appréhendée de façon plus stricte. Pour remplir cette exigence, il ne suffisait pas de montrer que le défendeur était conscient des lieux possiblement touchés par ses actes. Il fallait aller plus loin dans l'intentionnalité et prouver qu'il avait délibérément et spécifiquement visé à atteindre le for.

429. Appliquée à Internet, cette exigence renforcée faisait que le simple fait de poster un article, même diffamatoire, sur le réseau n'était pas à indicatif de la volonté de viser une juridiction. Une telle déduction, telle que l'a faite la cour inférieure, mènerait à une responsabilité nationale, voire mondiale. Il fallait donc un élément palliatif: une prise en compte du *targeting*.⁴³⁴ Pour le mesurer, la cour prit en compte deux types de critères: la structure des sites incriminés, et le message contenu dans les articles diffamatoires. Chacun de ces deux éléments devait traduire une volonté marquée de toucher la Virginie.

430. En ce qui concernait la structure des sites web, elle retint que la portée de ceux-ci était limitée à l'échelle locale du Connecticut: leur contenu ne portait que sur des affaires de nature locale, les publicités y affichées étaient centrées sur ce lieu, et

⁴³³ *United States District Court*, W.D. Virginia, Big Stone Gap Division, 10.08.01, *Young v. New Haven Advocate*, 184 F.Supp.2d 498 (2001), p. 507-511.

⁴³⁴ *Young v. New Haven Advocate*, p.262-263.

les liens externes menaient tous à des institutions locales. Aucun élément structurel ne permettait de conclure une intention de toucher la Virginie.⁴³⁵

431. Quant à la série d'article, ils critiquaient certes un établissement carcéral et une personne situés dans l'État de la Virginie, mais cela n'était pas suffisant pour retenir le *targeting*. Selon la cour, la teneur principale des textes était centrée sur le débat, purement local, du programme de désengorgement des prisons du Connecticut. Les références à la Virginie n'étaient que des exemples passagers et ponctuels, sensés alimenter une discussion politique interne. Dit autrement, même si les articles parlaient de la Virginie, ils ne s'adressaient pas directement et spécifiquement aux intérêts du public de cet État.

432. En conclusion, le test de l'*effects plus targeting* ne fut pas rempli. Cela, car les sites et les articles y présents ne visaient pas de façon expresse cette juridiction. La *Court of Appeals* renversa la décision inférieure, et déclara que l'exercice de la compétence des tribunaux de l'État de Virginie n'était pas justifié à l'encontre des deux journaux.⁴³⁶

4) Le critère de la focalisation expresse

433. Formulé en de termes plus généraux, le *effects plus targeting test* employé dans *Young v. New Haven Advocate* exige une focalisation expresse du message diffamatoire en direction de la juridiction saisie. Cette exigence se conçoit de façon stricte : même si le demandeur agit auprès du tribunal de son lieu de vie et de travail, qui serait par hypothèse le lieu où sa réputation a le plus de chances d'être entachée, il lui faudra montrer que l'article diffamatoire a été dirigé de façon spécifique envers le public de cet État. Comme vu dans l'arrêt *Young* lui-même, deux types d'éléments entrent en jeu dans cette analyse.

434. Premièrement, les éléments structurels du site Internet doivent traduire une volonté d'atteindre le public de la juridiction saisie. Dans *Young*, la cour retint le caractère local des liens proposés, des publicités, et de la teneur des articles trouvés en général sur les sites des défenderesses. On pourrait également penser à d'autres critères, comme par exemple une prise en compte du *Zippo test*, ainsi que l'emploi ou non par le défendeur de technologies de filtrage. Si pertinents, se rajouteraient aussi la langue ou la monnaie employée. Au final, cette branche du *targeting test* dans *Young* reste assez classique, et rejoint les autres variations de ce test que nous trouverons dans la suite de ce travail.

435. Nouvelle est la prise en compte par la *Court of Appeals* du contenu matériel des messages diffamatoires. En exigeant la focalisation expresse de ce message en direction de la juridiction du for, elle entra de plein pied dans l'intentionnalité subjective de leur auteur ; et plutôt que de s'arrêter à l'impact prévisible de la publication de ces articles en Virginie, elle conclut que la véritable portée

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 263.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 263-264.

géographique voulue par les défenderesses était limitée au Connecticut.⁴³⁷ Pour retenir cette exigence, le fond d'un article diffamatoire doit donc traiter d'une problématique qui touche de façon spécifique les intérêts du public de celle-ci. Autant dire que cette exigence est difficile à remplir, car elle exige de démontrer une intention subjective de la part du fournisseur de contenu de toucher un public géographique spécifique.

E) *Adoption et emploi de la focalisation expresse dans la jurisprudence américaine*

436. Cette interprétation de l'*effects plus targeting* incluant la focalisation expresse fut reprise et approuvée par une bonne partie des tribunaux américains, tous degrés et tous États confondus.⁴³⁸ Un tour exemplatif de cette jurisprudence s'impose donc. Ce panorama aura trois buts.

437. Il nous permettra tout d'abord de constater la popularité émergente de ce test au sein des juridictions américaines. Il nous fera aussi mettre en exergue la très large protection généralement accordée par ce test aux exploitants de site Internet. Certains des cas nous feront aborder la question des blogs et des sites personnels, quasiment intouchables avec cette approche. Enfin, une mention des arrêts rejetant la compétence sous ce test nous permettra de mieux cerner ses limites.

438. Nous commencerons ce tour dans le *Fourth Circuit*, celui même qui a donné naissance à ce test. A la suite de *Young*, les tribunaux inférieurs reprirent et adoptèrent avec engouement l'approche de leur *Court of Appeals*. Un exemple se trouve dans l'arrêt *Williams v. Advertising Sex*,⁴³⁹ rendu en 2009 par une *District Court* de la Virginie de l'Ouest. Le litige portait sur l'action d'une personnalité locale, qui fut un temps *Miss West Virginia*, portée devant les cours de son État de résidence, et à l'encontre d'un site proposant la vente des *sex tapes* la concernant. Le site en question utilisait le mot clé « *West Virginia* » dans ses publicités, et, selon la demanderesse, visait un public situé en Virginie et friand de frasques impliquant une célébrité locale. Reprenant avec emphase l'exigence de focalisation expresse utilisée dans *Young*,⁴⁴⁰ la *District Court* estima que ces éléments factuels n'étaient pas suffisants pour la remplir. Le site des défenseurs proposait certes ces vidéos, mais il permettait également à tout utilisateur américain, quel que soit son État d'appel, la consultation d'un paquet de services et de vidéos diverses. En conséquence, il visait un public

⁴³⁷ PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 484-485.

⁴³⁸ Pour un panorama de l'évolution de la jurisprudence au sujet de l'évolution de l'*effects test*, voir GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUJURA, *Law of the Internet*, *op. cit.*, vol. 1, p. 3-51 à 3-80. Pour les arrêts traitant de façon spécifique de la diffamation, voir les p. 3-64.2 à 3-69.

⁴³⁹ *United States District Court, N.D. West Virginia*, 17.03.09, *Williams v. Advertising Sex LLC*, (Unr.) 2009 WL 723168.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 5-6.

national en général, et ne se focalisait pas sur l'État de *West Virginia* en particulier. La compétence devait donc être rejetée.⁴⁴¹

439. La popularité de ce test ne s'arrêta pas au seul *Fourth Circuit*, et d'autres juridictions l'adoptèrent avec enthousiasme.⁴⁴²

440. Dans un arrêt *Revell v. Lidov*,⁴⁴³ rendu à peine quelques mois après *Young v. New Haven Advocate*, la *Court of Appeals* du *Fifth Circuit* employa cette approche pour écarter sa compétence dans un cas de diffamation interétatique.

441. Le demandeur était un ancien directeur du FBI, vivant au Texas. Son action portait sur la parution sur Internet d'un article rédigé par un professeur assistant de l'Université de Harvard et mis à disposition sur un forum appartenant à l'université de Columbia. Le texte l'accusait d'avoir pris part à une conspiration politique, et d'avoir, pendant son service, fermé l'œil sur des mouvements terroristes afin de maintenir son agenda. Il intenta action en diffamation au Texas à l'encontre de l'auteur de l'article mais aussi à l'encontre de l'université de Columbia. Ces deux codéfendeurs résidant en dehors de l'État du Texas, la question de la compétence se posa donc.⁴⁴⁴

442. La *Court of Appeals* estima que l'article ne visait pas suffisamment le Texas. Pour arriver à cette conclusion, elle se fonda principalement sur son contenu : il ne parlait pas des activités texanes du défendeur, ne mentionnait pas le Texas comme lieu important, et n'était pas autrement focalisé sur ce lieu. Au contraire, il parlait de l'activité du demandeur en tant que directeur du FBI ; ceci traduisait un lien plus fort avec l'État de Washington, là où l'agence principale de cet organe était située. A titre secondaire, la cour employa un *Zippo test*, et estima que le site était passif. Ensemble, cela lui fut suffisant pour conclure que l'exercice de sa compétence n'était pas fondé.⁴⁴⁵

443. Une autre *Court of Appeals*, celle du *Second Circuit*, alla dans la même direction dans une décision de 2007, *Walker v. Best Van Lines*.⁴⁴⁶ Cet arrêt nous intéresse particulièrement, car il emploie la structure de *Young* dans un cas impliquant un site purement informatif et sans but lucratif.

444. Le site *Movingscam.com*,⁴⁴⁷ populaire aux États-Unis, est un répertoire destiné à trier et à évaluer les diverses entreprises de déménagement du pays. Parti d'un effort personnel de son auteur, qui l'a créé après avoir été escroqué par une compagnie frauduleuse, ce site s'est peu à peu transformé en un important effort

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 8-9.

⁴⁴² Pour encore d'autres exemples, non mentionnés dans notre texte, traduisant l'emploi de cette approche, voir *Supreme Court of Minnesota*, 11. 07.02, *Griffis v. Luban*, 646 N.W.2d 527; *United States District Court, D. Nevada*, 5.11.02, *Medinah Mining Inc. v. Amunategui*, 237 F.Supp.2d 1132; *United States District Court, D. Maine*, 10.01.05, *The Gentle Wind Project v. Garvey*, 2005 WL 40064.

⁴⁴³ *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*, 31.12.02, *Revell v. Lidov*, 317 F.3d 467.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 469.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 473-476.

⁴⁴⁶ *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 26.06.07, *Best Van Lines Inc. v. Walker*, 490 F.3d 239.

⁴⁴⁷ <<http://www.movingscam.com>>

collaboratif destiné à protéger les consommateurs américains. Il accepte des donations pour son activité, et tire un revenu publicitaire de par les entreprises qu'elle recommande, mais, officiellement, les fonds récoltés ne sont employés que pour améliorer le site lui-même ainsi que l'aide proposée aux lecteurs.⁴⁴⁸ Le 5 Août 2003, son auteur rédigea un avis critique au sujet d'une compagnie newyorkaise de déménagement, Best Van Lines. Cette dernière fut propulsée sur la liste noire du site et le texte accompagnant cette mise à jour laissait entendre qu'elle ne disposait même pas des licences appropriées pour pratiquer le métier. Best Van Lines intenta action en diffamation devant les tribunaux newyorkais sur la base de la présence du site Internet et de son effet sur sa réputation dans cette juridiction.⁴⁴⁹

445. En vain : la *Court of Appeals* estima que l'élément d'intentionnalité n'était pas rempli. Le site du défendeur tendait à s'adresser à un public d'ordre national, et non spécifiquement à un public newyorkais malgré la mention de cette entreprise. De plus, les quelques donations qui pouvaient émaner de cette juridiction n'avaient aucun rapport avec l'article mis en cause, et ne pouvaient donc pas aider à remplir cette exigence.⁴⁵⁰ Par ces arguments, l'exercice de la compétence fut rejeté.⁴⁵¹

446. En lien avec ce dernier arrêt, une autre décision, quoique mineure, laisse à penser que l'approche *Young* protège particulièrement bien les bloggeurs individuels.⁴⁵² Dans un arrêt *Helix v. Healix*,⁴⁵³ qui portait sur une question de reproduction non autorisée de marque, une *District Court* texane dut décider si un blog, alimenté par un individu du Connecticut, visait sa juridiction. La situation pouvait porter à équivoque, car les articles y postés mentionnaient assez souvent le Texas, certains liens qu'il proposait menaient vers des sites texans et une bonne partie de ses lecteurs réguliers étaient situés dans cet État. Le blog était de plus hautement interactif car il permettait à tout un chacun de laisser des commentaires et de se répondre mutuellement. Enfin, son auteur avait proposé à tout lecteur étasunien la vente de casquettes et d'objets portant l'insigne de sa marque.⁴⁵⁴

447. Ces éléments, même combinés, ne furent pas suffisants. Citant *Revell*, qui fut rendu par sa cour supérieure, mais également *Young*, la cour estima que le blog,

⁴⁴⁸ Ces informations sont tirées du site lui-même, voir <http://www.movingscam.com/about_us.php> (dernière visite le 19.06.12). Une question intéressante serait de savoir si le site était moins commercial, voire purement individuel à l'époque du litige. Malheureusement, l'arrêt est peu détaillé sur cette question, mais sous-entend que le site n'était géré à l'époque que par son créateur. Voir *ibid.* p. 241.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 253.

⁴⁵¹ Formellement, la cour développa ses arguments dans le cadre légal de ses règles de compétence internes, et non celui, plus large, du *due process* constitutionnel. En ce sens, elle se garda bien dans son texte de rapprocher directement ses considérants avec ceux de *Young* ou de *Revell* (voir p. 254 de l'arrêt). Néanmoins, la ressemblance entre cette approche et celle vue dans *Young*, ainsi que la mention de cet arrêt dans son développement théorique (voir aussi p. 244), nous amène à le mentionner comme exemple dans ces lignes, *mutatis mutandis*.

⁴⁵² GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUURA, *Law of the Internet*, *op. cit.*, vol. 1, p. 3-61 et 3-71 à 3-72.

⁴⁵³ *United States District Court, S.D. Texas, Houston Division*, 25.04.08, *Healix Infusion Therapy Inc. v. Helix Health LLC*, 2008 WL 1883546 (S.D.Tex.).

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 6.

qui parlait de sujets divers, s'adressait à un public national et général et non pas à un public spécifiquement situé dans l'État du Texas. Certains éléments de sa structure avaient peut-être un lien avec ce lieu, mais ils étaient trop atténués pour considérer qu'il y avait focalisation expresse.⁴⁵⁵

448. Au vu de ces quelques arrêts, nous sommes en droit de nous interroger : est-il possible que cette exigence de la focalisation expresse permette à une cour d'exercer sa compétence à l'encontre d'un défendeur situé à l'étranger ? Dans tous les exemples que nous avons mentionnés, les tribunaux américains ont répondu dans la négative en argumentant qu'un site qui s'adresse à un public général ne vise aucune juridiction en particulier. Des exemples du contraire sont rares, mais ils existent. Pour terminer notre tour d'horizon, nous proposons donc deux telles décisions.

449. Dans un arrêt de 2002, relativement mineur mais instructif, la cour d'appel de la *Superior Court of New Jersey* se reconnut comme compétente à l'encontre d'un défendeur californien qui avait diffamé une famille locale par le biais d'un *newsgroup*.⁴⁵⁶ Elle considéra comme significatifs plusieurs faits : le défendeur connaissait précisément le lieu de résidence de la famille victime, il avait posté de façon répétée cette adresse sur le *newsgroup* en question et ses nombreux messages étaient entièrement focalisés sur les affaires locales de ses victimes. Contrairement à *Young*, conclut la cour, il y avait ici une intention transparente de créer des effets dans le New Jersey, ce qui pouvait sans autre soutenir l'exercice de sa compétence.⁴⁵⁷

450. Enfin, en 2010, la *Court of Appeals* du *Seventh Circuit* adopta dans un arrêt *Tamburo v. Dworkin*⁴⁵⁸ une approche analogue à celle de *Young*, et accepta d'exercer sa compétence à l'encontre d'une pluralité de codéfendeurs étrangers.

451. John Tamburo, le demandeur, était un résident de l'Illinois qui exploitait un site commercial vendant des programmes et des bases de données destinés à aider les éleveurs de chiens. Pour développer ses outils, il s'aida illégitimement de données situées sur plusieurs sites concurrents traitant du même sujet. Les propriétaires desdits sites, qui résidaient tous dans d'autres États et qui n'avaient aucun lien avec l'Illinois, n'apprécièrent guère cette manœuvre commerciale. Par le biais de leurs sites et d'emails sporadiques, ils montèrent une campagne de diffamation le traitant de voleur et appelant au boycott de ses produits. Comme réponse, M. Tamburo saisit en diffamation les tribunaux de son État de résidence, donc l'Illinois, à l'encontre des auteurs de cette campagne. En dernier ressort, la *Court of Appeals* fut appelée à trancher la question de la compétence.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p.7.

⁴⁵⁶ *Superior Court of New Jersey, Appellate Division*, 05.08.07, *Goldhaber v. Kohlenberg*, 395 N.J.Super. 380. Un *newsgroup* est un moyen de communication textuelle par Internet, véhiculé par le protocole *Network News Transfer Protocol* et permettant de se connecter à des groupes de discussion portant sur des sujets divers et d'y intervenir.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 389-390.

⁴⁵⁸ *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 08.04.10, *Tamburo v Dworkin*, 601 F.3d 693.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 697-699.

452. La cour ne reprit pas directement le test vu dans *Young*, quoiqu'elle cita positivement cette jurisprudence dans les notes de bas de page de la décision.⁴⁶⁰ Néanmoins, elle accepta la proposition générale liée au *targeting*, selon laquelle un site devait viser la juridiction du lieu du for pour fonder la compétence.⁴⁶¹ *In casu*, les codéfendeurs savaient que M. Tamburo déployait ses activités à partir de l'Illinois et avaient monté, via leurs sites, une campagne répétée et agressive de boycott à son encontre. L'un d'entre eux avait été jusqu'à le contacter directement via email pour lui faire part de leurs intentions de nuire. Comme les codéfendeurs étaient conscients que les effets de leur conduite allaient se produire dans cet État, et qu'ils avaient directement agi en ce sens, le critère de *targeting* était rempli. Il y avait bien eu une activité diffamatoire continue et sciemment dirigé vers l'Illinois.⁴⁶²

453. Cependant, l'un des codéfendeurs, qui était une entreprise australienne, n'avait fait que reposer les textes rédigés par ses complices sur diverses *mailing lists*, sans se préoccuper de qui était vraiment M. Tamburo. Lui seul fut considéré comme n'avoir pas dirigé son activité dans cet État.⁴⁶³

F) Commentaires sur la jurisprudence ayant trait au *targeting test*

454. Ce tour jurisprudentiel nous permet de tirer deux conclusions vis-à-vis de l'*effects plus targeting test* tel que interprété dans *Young v. New Haven Advocate*.

455. Tout d'abord, la prolifération d'arrêts récents adoptant cette approche nous laisse à penser qu'elle laissera un impact non négligeable sur la jurisprudence américaine. Plusieurs *Court of Appeals* l'employèrent ou tout du moins la citèrent, dans des arrêts aussi récents qu'en 2010. A notre avis, cette tendance risque de se confirmer, et l'approche *Young* a des chances de devenir la pièce centrale de l'analyse américaine de la compétence vis-à-vis du domaine de la diffamation par Internet.

456. Matériellement, et cela sera notre deuxième conclusion, l'approche *Young* nous apparaît comme particulièrement stricte et comme favorisant de façon nette les fournisseurs de contenu. Tout site Internet proposant du contenu considéré comme diffamatoire sera protégé par ce test car il sera qualifié comme visant un public d'ordre général et non un public spécifique rattaché au lieu du for. Comme le montre l'arrêt *Tamburo*, ce ne sera que dans des cas extrêmes, dans lesquels la conduite du fournisseur de contenu tend de manière répétée et appuyée à péjorer la réputation de sa victime précisément dans le lieu du for, que la compétence sera acceptée. Et même là, le caractère casuistique et flou de ce test, lié à son appui sur des critères subjectifs, rendra toute périlleuse prédiction quant au résultat de son application.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 707 note 10.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 704-706.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 706-709.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 709.

⁴⁶⁴ Pour un commentaire critique de cette tendance et allant en ce sens, voir PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 485-489.

§ VII. Conclusion : un foisonnement d'idées et de solutions

457. Au cours de ce chapitre, nous avons vu comment les cours américaines ont adopté divers tests dans le but de saisir les difficultés soulevées par Internet. A titre de conclusion, nous toucherons deux points de discussion.

458. Notre premier point saute aux yeux. Au travers de divers tests exposés ci-dessus, il est de plus en plus question aux États-Unis d'interpréter la volonté subjective du défendeur et d'élever cette interprétation au rang de critère juridique. Le point d'orgue de cette tendance est la jurisprudence inspirée de l'arrêt *Young*, qui tente de déceler du texte diffamatoire une intention subjective de la destination géographique de celui-ci. Cette évolution nous ouvre quelques points de réflexion sur la part de subjectivité que doit comporter un hypothétique test idéal. Faut-il, comme dans *Young*, analyser le fond du texte diffamatoire afin d'en déceler le public visé ? Ou serait-il possible, comme le tentèrent *Zippo* et les variations plus classiques du *targeting test*, de le déduire objectivement de la structure et des contacts effectués par le site incriminé ? Mais, dans le cas précis de la diffamation, des critères techniques du type *Zippo* ne seraient-ils pas inappropriés ? Ces interrogations nous permettent de mieux saisir les articulations des divers tests juridictionnels, et notamment de celui du *targeting*.

459. Notre seconde et dernière réflexion sur la compétence nous amènera à prendre un peu de recul vis-à-vis des approches américaines. Aussi intéressantes soit-elles, il nous faut rappeler que, en pratique, leur emploi n'a pas abouti sur une jurisprudence stable. Tout au long de ce chapitre, nous avons souligné la confusion générale entourant l'application de ces tests. On pourrait même dire que chaque *Circuit*, voire chaque État américain, dispose de sa propre variation de ceux-ci.

460. Lors de l'élaboration d'une hypothétique solution idéale, il nous faudra donc tenir compte de ce risque. Si le caractère *ad-hoc* de notre proposition est trop marqué, et qu'elle ne dispose pas d'une structure suffisamment bien définie, elle pourrait aboutir sur un tel éclatement jurisprudentiel. De ce point de vue, l'exemple américain nous avertit qu'une reprise trop fidèle de ses approches pourrait être contre-productive.⁴⁶⁵

Section III Forum non conveniens

§ I. Notion

461. Une fois que la compétence est fondée, et qu'elle est considérée comme conforme aux jalons posés par l'exigence constitutionnelle du *due process*, il reste encore à déterminer si elle ne peut néanmoins pas être refusée pour le motif du *forum*

⁴⁶⁵ Dans le même sens, voir p. ex. MORITZ KELLER, *Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States*, *op. cit.*, p. 50-52.

non conveniens. Ce test est séparé de l'analyse de la compétence judiciaire, et intervient dans un second temps, soit une fois que celle-ci est acceptée au vu de tous les éléments détaillés dans le chapitre précédent. Cet outil permet alors au juge de la décliner s'il estime que le for est, malgré tout, inapproprié.

462. Aux États-Unis, le *forum non conveniens* est saisi sous l'angle de protection du défendeur : principalement, on le considère comme un outil permettant de refouler les cas les plus graves de *forum shopping*, tant interétatiques qu'internationaux. Les juridictions américaines offrant en général de nombreux avantages aux demandeurs, comme par exemple des plafonds de dommages élevés, on considère cette doctrine comme un bouclier nécessaire faisant obstacle aux demandes étrangères les plus dérisoires.⁴⁶⁶ L'application du *forum non conveniens* pouvant varier selon l'État américain analysé,⁴⁶⁷ nous nous concentrerons ici sur des principes généralement reconnus et dégagés du droit fédéral.

463. Cet outil se présente sous la forme d'un test *ad-hoc* et centré sur deux catégories de critères.⁴⁶⁸

- La première comprend les intérêts des parties, dits intérêts privés. Sous ce chapeau se trouvent des considérations telles que les dépenses encourues par celles-ci pour leurs déplacements, et la proximité d'accès aux preuves et aux témoins. La valeur qu'aurait le jugement pour le demandeur entre aussi en compte, notamment au niveau de ses possibilités d'exécutions.
- La deuxième catégorie de critères concerne des intérêts dits publics. Entrent alors en considération l'engorgement du tribunal saisi, et le lien réel entre le litige et le for. Ces critères expriment le principe qu'un tribunal ne devrait pas gaspiller ses ressources en traitant de demandes n'ayant qu'un lien tenu avec avec lui.

464. Ce deuxième set de facteurs sous-tend la nature volontairement discriminatoire du *forum non conveniens* américain. Alors que les cours respectent généralement le choix d'un citoyen américain, elles se montrent plus méfiantes vis-à-vis des demandes étrangères qui partent souvent avec la présomption du *forum shopping*.⁴⁶⁹ Le *forum non conveniens* ne trouve donc véritablement sa place dans l'analyse américaine que dans les cas ayant des éléments d'internationalité.

⁴⁶⁶ GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, *op. cit.*, p. 298-299; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, par. 11.8; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 262-264. Voir aussi *American Law Institute*, *Restatement Second of Conflicts of Law*, § 85, comment a.

⁴⁶⁷ GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, *op. cit.*, p. 298 et 358-360; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, par. 11.13. Voir aussi *Restatement Second of Conflicts of Law*, § 85, comments b et c.

⁴⁶⁸ *Supreme Court of the United States*, 10.03.47, *Gulf Oil Corporation v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), p. 508.

⁴⁶⁹ *Supreme Court of the United States*, 08.12.81, *Piper Aircraft Company v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), p. 255-256. Voir aussi EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, par. 11.13; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 264-267.

465. Enfin, une autre considération qui entre en ligne de compte lors de l'analyse du *forum non conveniens* est la disponibilité ou non d'un autre for adéquat pour traiter de la même dispute.⁴⁷⁰

§ II. Le forum non conveniens américain et Internet : une doctrine ignorée

466. En pratique, le *forum non conveniens* américain n'a aucun impact dans le domaine de la diffamation par Internet. En effet, aucun arrêt majeur n'emploie ni ne mentionne cet outil. La doctrine reste également peu loquace à ce sujet.

467. Ce désintérêt peut s'expliquer de deux façons. Premièrement, les éléments composant le *forum non conveniens* sont déjà largement pris en compte dans l'analyse des *minimum contacts*. C'est à ce niveau de la réflexion que les cours américaines se sont évertuées à trouver des tests capables de quantifier le lien existant entre un site Internet et une juridiction. Analyser le *forum non conveniens* à la suite des *minimum contacts* serait une répétition inutile, car les concepts sous-tendant ces deux étapes se recourent grandement.⁴⁷¹

468. Ensuite, dans notre matière, le peu de vrais litiges ayant des éléments d'internationalité sous-tend également l'importance réduite de cette doctrine. Les États-Unis ne sont pas attrayants pour le *forum shopper* international, notamment à cause du *First Amendmen*, qui protège les fournisseurs de contenu au niveau du droit de fond.⁴⁷² En conséquence, il n'existe à notre connaissance aucun *leading case* international de diffamation par Internet porté par un demandeur étranger devant les juridictions américaines.⁴⁷³ Ce type de cas est plutôt dirigé vers l'Angleterre. Ne restent alors que les cas internes aux États-Unis, qui, sans demandeurs étrangers pouvant activer le traitement discriminatoire du *forum non conveniens*, ont été traités sous l'angle unique des *minimum contacts*.⁴⁷⁴

469. Le *forum non conveniens* n'est donc pas un facteur important dans les approches américaines de la diffamation sur Internet. Tout le poids de l'analyse réside dans l'évaluation des *minimum contacts* eux-mêmes.

⁴⁷⁰ GARY B. BORN, *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, *op. cit.*, p. 341-342; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, par. 11.10.

⁴⁷¹ Sur la place ambiguë qu'occupe de façon générale le *forum non conveniens* vis-à-vis des protections déjà accordées par le *due process*, voir Margaret G. STEWART, *Forum Non Conveniens : A Doctrine in Search of a Role*, 74 Cal. L. Rev. (1986), p. 1259ss.

⁴⁷² RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p.263.

⁴⁷³ Au cours de notre travail, nous avons mentionné deux arrêts ayant des éléments d'internationalité: *Toys R. Us v. Step Two*, et *Huang v. AOL*, en *supra* p. 117 et 120-121. Mais les deux concernaient des questions de contrefaçon de marques et non de diffamation.

⁴⁷⁴ Voir p. ex. *United States Court of Appeals, Fourth Circuit*, 13.06.02, *Young v. New Haven Advocate*, 315 F.3d 256 (2002) (fait l'impasse sur la question du *forum non conveniens*). Pour une présentation complète de cet arrêt sous l'angle juridictionnel, voir *supra* p. 122ss.

Section IV Droit applicable

§ I. Introduction⁴⁷⁵

A) Aperçu des règles de conflit américaines

470. Aux États-Unis, il n'existe pas un seul système de règles de conflit, mais une multitude de systèmes concurrents, tous régis par des principes différents. Cette situation s'explique par le caractère fortement étatisé de l'ensemble du domaine : il n'y existe aucun élément constitutionnel ou fédéral guidant les juridictions américaines.⁴⁷⁶ Chacun des cinquante États américains est libre d'adopter l'approche qui lui sied. Cela contraste avec le domaine de la compétence que nous avons analysé plus haut, car ici, il n'existe pas de notion cadre comme les *minimum contacts* qui puisse centraliser la pratique judiciaire.

471. Abordé de façon générale, le domaine du droit applicable aux atteintes illicites est aux États-Unis complexe, éparpillé, et jonché de distinctions théoriques rendant ardue toute tentative de description.⁴⁷⁷ A titre illustratif, et sans prétendre à

⁴⁷⁵ Pour un excellent ouvrage, accessible au juriste continental, détaillant l'étonnante évolution du monde des règles de conflit américaines, voir SYMEON C. SYMEONIDES, *The American Choice of Law, Past, Present, and Future*, Leiden 2006.

⁴⁷⁶ Les limites constitutionnelles existent, et découlent du *due process*, mais elles sont tellement larges qu'elles n'ont presque aucune influence sur le développement de la matière. Voir *Supreme Court of the United States*, 13.01.81, *Allstate Insurance Company v. Hague*, 101 S.Ct. 633. Pour plus de détails sur cette question, voir aussi LEA BRILMAYER, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, Boston 1991, p. 117-123; JOHN HART ELY, *Choice of Law and the State's Interest in Protecting its Own*, 23 *Wm. & Mary L. Rev.* (1981), p. 173, spec. p. 180-191; GENE R. SHREVE, *Interest Analysis as Constitutional Law*, 48 *Ohio St. L. J.* (1987), p. 51ss.

⁴⁷⁷ Décrit de façon plus détaillée, l'absence de chapeutage fédéral ou constitutionnel fit que la matière fut développée par les mains de la doctrine. Cette dernière la rendit très théorique et conceptuelle, au point où elle est aujourd'hui réputée pour être fragmentée et peu facile d'accès. La doctrine elle-même le reconnaît : voir LEA BRILMAYER, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, *op. cit.*, p. xiii ("*a wild-eyed community of intellectual zealots.*"); MICHAEL H. GOTTESMAN, *Adrift in the Sea of Indeterminacy*, 75 *Ind. L. J.* (2000), p. 527 ("*Today's conflicts scholars no doubt consider themselves a diverse bunch, with widely differing views about how law should be chosen in multistate disputes. But from the trenches, most of them look alike. Each waxes eloquent about the search for the perfect solution-the most intellectually and morally satisfying choice of law for each dispute-and each ends the theorizing by embracing some proposition that will prove wholly indeterminate in practice.*"); FRIEDERICH K. JUENGER, *Choice of Law: How it Ought Not To Be*, 48 *Mercer L. Rev.* (1997), p. 757 ("*Practical considerations, in any event, do not seem to be uppermost in the analysts' minds.*"); EARL M. MALTZ, *Do Modern Theories of Conflicts of Law Work? The New Jersey Experience*, 36 *Rutgers L. J.* (2005), p. 527 ("*On the first day of my class in Conflict of Laws, I always tell my students that they must be aware of two things. First, legal scholars have probably had more influence on the judicial treatment of choice-of-law problems than in any other area of law. Second, the case law dealing with choice-of-law problems is a complete mess. The students can draw their own conclusions.*"); ALAN REED, *The Anglo-American Revolution in Tort Choice of Law Principles: Paradigm Shift or Pandora's Box ?*, 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* (2001), p. 867 ("*After decades of experimentation, we are left with dominant greys and innumerable shades: a bewildering chiaroscuro effect that confuses academicians, practitioners and judges.*"); WILLIAM L. REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* (1997), p. 1371ss, spec. p. 1372 ("*Expressed somewhat differently, choice of law is marked today by intense theorizing and academic overload. That has happened because judicial input into its development has been weak, leading to an undue occupation of the field by academic writers. The resulting over-conceptualization of choice-of-law questions has made this an extraordinarily difficult field for a novice--like the ordinary judge.*"). Pour le

l'exhaustivité, nous pouvons recenser au moins quatre approches principales en vigueur au travers des États-Unis :

- L'approche trouvée dans le *First Restatement*, qui instaure un système de *lex loci delicti* fixé au lieu de la survenance du dernier évènement causal donnant naissance au dommage.⁴⁷⁸
- L'approche dite de l'*interest analysis*, qui prône une application du droit de l'État le plus « intéressé » par le litige. Cette approche est purement *ad-hoc*, unilatérale, et se fonde non pas sur les intérêts des parties mais sur la portée géographique voulue des lois matérielles possiblement applicables à un cas d'espèce.⁴⁷⁹
- L'approche dite de la *better law*, qui tend à élire le droit qui résoudrait la substance d'un litige de la manière la plus satisfaisante aux yeux du juge.⁴⁸⁰
- Enfin, l'approche du *Second Restatement*, qui combine une réflexion *ad-hoc* du type *interest analysis* avec un dispositif de règles de conflit codifiées.⁴⁸¹

472. C'est la dernière approche, soit celle du *Second Restatement*, qui est actuellement la plus populaire.⁴⁸² Mais, à nouveau, son application pratique est remplie d'incertitudes, et de contradictions.⁴⁸³

surplus, voir EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, par. 17.1.

⁴⁷⁸ *American Law Institute*, *Restatement First of Conflicts of Laws*. Pour plus d'informations sur ce document et les fortes critiques qu'il a suscitées aux Etats-Unis, voir LEA BRILMAYER, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, *op. cit.*, p. 18-22; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, pars. 17.2-17.11; SYMEON C. SYMEONIDES, *The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as its Reputation ?*, 32 S. Ill. U. L. J. (2007), p. 39ss. Voir également *Supreme Court of Alabama*, 22.10.1892, *Alabama G.S.R. Co. v. Carroll*, 18 L.R.A.433.

⁴⁷⁹ Pour l'ouvrage ayant popularisé cette approche, voir BRAINERED CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham N.C. 1963. Pour plus de détails sur cette approche, voir aussi LEA BRILMAYER, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, *op. cit.*, p. 44-62; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, pars. 17.12-17.15; FRIEDRICH K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Ardsley N.Y. 2005, p. 98-103; WILLIAM M. RICHMAN / WILLIAM F. REYNOLDS, *Understanding the Conflicts of Laws*, New York, San Francisco Calif. 1984, p. 174-189; SYMEON C. SYMEONIDES, *The American Choice of Law, Past, Present, and Future*, *op. cit.*, pars. 14-23.

⁴⁸⁰ ROBERT A. LEFLAR, *Conflicts Law: More on Choice Influencing Considerations*, 54 Calif. L. Rev. (1966), p. 1584ss. Pour plus de détails sur cette approche, voir aussi LEA BRILMAYER, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, *op. cit.*, p. 64-66; FRIEDRICH K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, *op. cit.*, p. 103-105; WILLIAM M. RICHMAN / WILLIAM F. REYNOLDS, *Understanding the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 192-197; EUGENE F. SCOLES / PETER HAY / PATRICK J. BORCHERS / SYMEON C. SYMEONIDES, *Conflicts of Laws*, *op. cit.*, pars. 17.21-17.24; SYMEON C. SYMEONIDES, *The American Choice of Law, Past, Present, and Future*, *op. cit.*, pars. 27-29.

⁴⁸¹ *Restatement Second of the Conflicts of Laws*. Pour plus de détails sur ce document, voir aussi LEA BRILMAYER, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, *op. cit.*, p. 67-69; FRIEDRICH K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, *op. cit.*, p. 105-106; WILLIAM M. RICHMAN / WILLIAM F. REYNOLDS, *Understanding the Conflicts of Laws*, *op. cit.*, p. 157; SYMEON C. SYMEONIDES, *The American Choice of Law, Past, Present, and Future*, *op. cit.*, pars. 32-38.

⁴⁸² SYMEON C. SYMEONIDES, *Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey*, 59 Am. J. Comp. L., p. 303ss (recense, pour les actes illicites, 24 Etats appliquant le *Second Restatement*, 10 appliquant le *First Restatement*, 5 appliquant la *better law*, 2 appliquant l'*interest analysis*, et 6 combinant ces approches. Le reste est partagé dans des approches plus mineures comme la *lex fori*. L'auteur note néanmoins que ces chiffres ne sont pas forcément représentatifs de la réalité, car il n'est pas rare qu'une cour prétende suivre une approche pour ensuite faire quelque chose d'autre).

B) Plan et délimitation de la matière

473. Bien qu'en soi intéressante, cette situation fait qu'il est difficile de dégager dans cette masse théorique des tests ou des approches suffisamment stables pouvant directement nous être utiles. De plus, il n'existe pas d'approche jurisprudentielle propre à notre problématique. Nous renonçons donc à entrer dans le détail de ces systèmes et de la jurisprudence y afférant.⁴⁸⁴

474. Dans ce chapitre, nous nous concentrerons plutôt sur deux outils précis trouvés au sein de cette diversité légale, qui nous seront utiles pour notre recherche de solutions. Premièrement, nous traiterons de la primauté du droit du domicile commun des parties, qui découle de l'arrêt *Babcock v. Jackson*. Ensuite, nous parlerons d'un des seuls outils spécifique à la diffamation transnationale, trouvé dans le *Second Restatement* et qui consiste en une présomption en faveur du droit du domicile du demandeur.

§ II. Application de la loi du domicile commun des parties

475. Un premier élément pouvant nous être utile est une application de la loi commune des deux parties, lorsque leur domicile est situé dans le même État. Cela permet d'élire un droit prévisible, qui leur est connu, et qui peut faire échec au caractère quelquefois aléatoire de la répartition territoriale du dommage.

476. L'origine de cette règle se trouve dans l'arrêt *Babcock v. Jackson*,⁴⁸⁵ dans lequel une *Court of Appeals* newyorkaise l'adopta pour régler de façon convenable un litige dans lequel deux citoyens newyorkais avaient pris part à un accident routier dans la province canadienne de l'Ontario.

477. Même au travers de la grande diversité des approches trouvées dans le domaine du droit applicable aux États-Unis, on peut affirmer que la règle de *Babcock v. Jackson* s'est imposée comme étant l'une des seules mettant presque tout le monde d'accord. Dans une étude empirique portant sur les résultats obtenus par les cours étasuniennes, le professeur SYMEONIDES constata que 88% des arrêts contenant deux

⁴⁸³ La doctrine américaine est particulièrement critique à l'égard de ce document, qui, selon eux, est un compromis simpliste entre les divers courants théoriques. Voir p. ex. MICHAEL H. GOTTESMAN, *Adrift in the Sea of Indeterminacy*, *op. cit.*, p. 528-530M; ALBERT A. EHRENSWEIG, *The Second Conflicts Restatement: A Last Appeal for 1st Withdrawal*, 113 U. Pa. L. Rev. (1965); p. 1230ss; EARL M. MALTZ, *Do Modern Theories of Conflicts of Law Work? The New Jersey Experience*, *op. cit.*, p. 531-532; BRUCE POSNAK, *The Restatement (Second), Some Not-So-Fine Tuning for a Restatement (Third): A Very Well Curried Leflar over Reese with Korn on the Side (Or Is It Cob?)*, 75 Ind. L. J. (2000), p. 561ss, spec. p. 561-574; LOUISE WEINBERG, *A Structural Revision of the Conflicts of Law*, 75 Ind. L. J. (2000), p. 575ss, spec. p. 479-484; RUSSEL J. WEINTRAUB, « At Least, To Do No Harm », *Does the Second Restatement Meet the Hippocratic Standard?*, 56 Md. L. Rev. (1997), p. 1284ss, spec. p. 1288-1290.

⁴⁸⁴ Pour une présentation détaillée de la jurisprudence à ce niveau, voir JAMES R. PIELEMEIER, *Choice of Law for Multistate Defamation—The State of Affairs as Internet Defamation Beckons*, 35 Ariz. St. L. J. (2003), p. 55ss. Notons que l'auteur conclut à une prééminence de l'application du droit du domicile du demandeur, ce qui rejoint l'un des points que nous traiterons dans ce chapitre.

⁴⁸⁵ *Court of Appeals of New York*, 09.05.63, *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279.

parties domiciliées dans le même État appliquèrent la loi de ce dernier. Il en conclut qu'il existait *de facto* une véritable règle menant de façon consistante à l'application de la loi du domicile commun aux parties.⁴⁸⁶

478. En matière de diffamation par Internet, il n'existe à notre connaissance pas de réel *leading case* montrant l'application de cet outil à notre problématique.

§ III. Présomption pour la loi du domicile du demandeur : la règle du Second Restatement

A) *Notion*

479. Un autre outil pouvant nous inspirer se trouve dans le *Second Restatement of Conflicts of Law*, qui se trouve être aujourd'hui l'approche la plus suivie par les cours américaines.⁴⁸⁷ Dans sa partie spéciale, qui est structurée similairement à un set de règles à l'europpéenne, il nous propose un point de rattachement spécifique aux cas de diffamation transétatique :

"(1) The rights and liabilities that arise from defamatory matter in any one edition of a book or newspaper, or any one broadcast over radio or television, exhibition of a motion picture, or similar aggregate communication are determined by the local law of the state which, with respect to the particular issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6.

(2) When a natural person claims that he has been defamed by an aggregate communication, the state of most significant relationship will usually be the state where the person was domiciled at the time, if the matter complained of was published in that state.

(3) When a corporation, or other legal person, claims that it has been defamed by an aggregate communication, the state of most significant relationship will usually be the state where the corporation, or other legal person, had its principal place of business at the time, if the matter complained of was published in that state.⁴⁸⁸"

Selon le second paragraphe de cette disposition, un cas de diffamation globale se verra donc régi par la loi matérielle du domicile du demandeur.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ SYMEON C. SYMEONIDES, *The American Choice of Law, Past, Present, and Future*, *op. cit.*, pars. 127-136. Notons que le champ de son analyse engloba l'ensemble des camps méthodologiques dits modernes, y compris le *Second Restatement*, la *better law*, ainsi que d'autres approches combinées. D'autres auteurs ont cependant un avis contraire, et remettent en question l'application systématique de cette règle. Pour une discussion sur le sujet, voir Roundtable Discussion, *Choice of Law : How it Ought to Be*, 48 *Mercer L. Rev.* (1997), p. 639ss, spec. p. 658-662.

⁴⁸⁷ Voir *supra* p. 133 et notes y relatives.

⁴⁸⁸ *American Law Institute*, *Restatement (Second) of Conflicts of Laws*, sec. 150.

⁴⁸⁹ Une autre caractéristique, plus mineure, de cette section concerne plus spécifiquement son application au sein des Etats-Unis d'Amérique. Comme énoncé par le paragraphe (1), elle permet de réunir sous le même droit tous les dommages afférant à la même publication, et subis dans les différents Etats américains. Derrière cette possibilité se cache le pendant matériel de la *single publication rule* juridictionnelle qui

480. Les commentaires suivant cette disposition expliquent ce choix par une relation étroite entre l'atteinte diffamatoire et ce lieu. Cet acte illicite se caractérise par la péjoration de la réputation de la victime aux yeux du public. Et c'est souvent dans l'État de son domicile, considéré comme le centre de son activité et de ses relations personnelles, que celle-ci sera touchée avec le plus d'intensité. Il serait donc approprié d'appliquer la loi de ce lieu.⁴⁹⁰

481. Ce point de rattachement aurait de plus l'avantage de protéger les personnes selon les standards de leurs États. Il est aussi prévisible, et mène à l'uniformité : l'auteur d'un article n'aura qu'à identifier le domicile de son sujet pour s'assurer du niveau de protection applicable.⁴⁹¹ Enfin, pour les entreprises et les personnes morales, le paragraphe (3) y substitue, *mutatis mutandis*, le lieu de son activité principale.⁴⁹²

482. Cependant, dans le système du *Second Restatement*, Ce point de rattachement n'est pas absolu. En réalité, il n'indique qu'une simple présomption en faveur de la loi de ce lieu. Le premier paragraphe de la disposition renvoie expressément à la section 6 de ce document, qui soumet tout cas d'espèce à une analyse complète, du type *ad-hoc*, de tous les éléments factuels du cas. En théorie, donc, le juge américain ne peut appliquer cette présomption que si la balance des intérêts *in casu* pointe clairement dans sa direction.

483. En pratique, il est rare que les juges américains effectuent une telle analyse. Dans la section suivante, nous montrerons au contraire qu'ils appliquèrent cette présomption de façon assez systématique.

B) *Le domicile du demandeur dans la jurisprudence américaine*

484. En matière de diffamation transétatique, les tribunaux américains suivant le *Second Restatement* ont tendance à opter pour cette présomption en faveur de la loi du domicile du demandeur. Au demeurant, le test *ad-hoc* sensé encadrer l'emploi de cette présomption est souvent laissé de côté.⁴⁹³

485. Un exemple touchant à la diffamation par Internet est l'arrêt *Wells v. Liddy*, rendu en 1999 par la *Court of Appeals* du *Fourth Circuit*.⁴⁹⁴ Dans celui-ci, la

s'applique au problème de pluralité d'actions. Combinées, ces deux règles permettent effectivement au demandeur d'intenter une seule action soumise à un droit unique pour l'entier des dommages subis à travers tout le territoire américain. Voir *ibid.* sec. 150, com. c). Au sujet de la *single publication rule* et de ses effets sur le droit international privé américain, voir notre exposé en *supra* p. 103.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, sec. 150, com. e).

⁴⁹¹ *Ibid.*, sec. 150, com. b) et e).

⁴⁹² *Ibid.*, sec. 150, com. f).

⁴⁹³ Pour d'autres exemples, non mentionnés dans notre texte, de cette tendance, voir p. ex. *United States District Court, N.D. Texas, Dallas Division*, 24.07.84, Ritzmann v. Weekly World News Inc., 614 F.Supp. 1336; *United States District Court, D. Hawaii*, 09.07.01, Miracle v. New Yorker Magazine, 190 F.Supp.2d 1192. Observant également cette tendance, voir JAMES R. PIELEMEIER, Choice of Law for Multistate Defamation—The State of Affairs as Internet Defamation Beckons, *op. cit.*, p. 85-93 et 104.

⁴⁹⁴ *United States Courts of Appeals, Fourth Circuit*, 28.07.99, Wells v. Liddy, 185 F.3d 505.

demanderesse était une secrétaire, résident en Louisiane ayant travaillé pour le gouvernement des États-Unis au moment du scandale Watergate. Le défendeur était G. Gordon Liddy, qui était un associé du président Nixon au même moment. La dispute concernait une série de diffamations proférées par ce dernier, alléguant que la demanderesse avait contribué à une opération de prostitution clandestine. Il le fit dans son autobiographie et à l'occasion de plusieurs discours publics. Il le fit aussi via un site Internet, et la Court of Appeals dut statuer sur la loi applicable à celui-ci.⁴⁹⁵

486. S'agissant d'une diffamation à grande échelle, elle appliqua le *Second Restatement*⁴⁹⁶ et, selon sa section 150, désigna sommairement le droit matériel du domicile de la demanderesse, soit la Louisiane. Selon elle, l'usage d'Internet n'était pas un facteur permettant de déroger à l'usage de la présomption trouvée dans ce document.⁴⁹⁷

§ IV. Conclusion : une source d'inspiration ponctuelle

487. Dresser un tableau complet des règles de conflit américaines applicables dans le cadre de ce travail serait un exercice long et périlleux. De plus, l'inconstance de la jurisprudence dans ce domaine fait que l'on n'y trouvera que peu de solutions claires et aptes à être reprises dans une hypothétique approche idéale.

488. Malgré cela, les deux éléments que nous avons extraits de cette masse théorique, et que nous avons détaillés ci-dessus, nous seront d'une aide appréciable. Tant la règle du domicile commun que la présomption en faveur de la loi du domicile du demandeur nous apparaissent comme des pistes intéressantes de réflexion.

Section V Conclusion sur le droit américain

489. Grâce à ce rôle de victime de la diffamation globale, et grâce à leur système de droit international privé fondé sur un examen poussé des contacts entrepris entre un défendeur et un lieu, le système américain a été un sol fertile en idées. Leur approche à la diffamation par Internet a donné naissance à des tests qui occupent aujourd'hui le devant de scène dans la doctrine mondiale, et qui, comme nous le démontrerons dans la suite de notre travail, ont même gagné l'Occident. Au-delà de cette

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 516-521.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 527-528. Relevons ici que l'État du for, soit le Maryland, suivait encore à l'époque le *First Restatement* comme méthodologie de résolution de conflits de lois. Néanmoins, au vu des difficultés éprouvées par ce document en matière d'actes délictuels de nature transfrontalière, il était courant en pratique d'y appliquer le *Second Restatement* à ces questions.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 530. Le même tribunal dut par la suite statuer à nouveau sur cette dispute, mais non sur les points nous intéressant. Voir *United States Courts of Appeals, Fourth Circuit, Wells v. Liddy*, 37 Fed.Appx 53.

conclusion générale, le système américain nous aura ouvert trois points de réflexion qui ne manqueront pas de nous influencer lors de notre chapitre analytique.

- Notre analyse de la compétence nous a permis non seulement de présenter les tests employés par les cours américaines, mais aussi de mieux cerner leur fonctionnement et leurs risques. Notamment, la question du degré de l'intentionnalité requise par un *targeting* test sera une donnée cruciale à déterminer si l'on désire utiliser cette approche. Plus généralement, il nous également faudra prendre garde à proposer des solutions suffisamment précises afin d'éviter l'éclatement jurisprudentiel constaté aux États-Unis.
- Nous avons également pu constater le peu d'intérêt voué au *forum non conveniens* aux États-Unis. Une conclusion qui rejoint celle vue en Angleterre, où la doctrine est employée mais de façon très sommaire.
- Enfin, l'analyse du droit applicable américain nous a donné quelques pistes de réflexion afin de trouver une éventuelle solution à ce niveau. Cela dit, nous avons pu constater que la jurisprudence était largement moins fournie qu'au niveau de la compétence. Cela rejoint la tendance vue dans les autres pays étudiés ici, soit un certain dédain des règles de conflit de lois au profit d'une solution élaborée au niveau des règles juridictionnelles.

Chapitre 5^{ème} : la France

Section I Introduction

490. Les chapitres précédents nous ont permis de considérer deux réactions fondamentalement opposées : l'exemple anglais, niant toute spécificité au mode de publication d'Internet et désigné comme point focal du *libel tourism*, et l'exemple américain, qui, en s'efforçant de faire le contraire, a développé une pluralité de solutions.

491. Ce chapitre consacré à la France se situera à la croisée de ces deux tendances. Au niveau de la compétence, nous identifierons une hésitation constante sur le critère juridictionnel à employer à Internet, qui donna lieu à une jurisprudence extrêmement intéressante dans le domaine de la propriété intellectuelle et la concurrence déloyale. Nous nous attarderons en particulier sur une variation du *targeting test*, développée par la Cour d'Appel de Paris, qui inspirera de façon décisive notre propre solution. Enfin, au niveau du droit applicable, nous n'aurons pas de *leading case* à présenter, si ce n'est la constatation d'une propension des cours françaises à appliquer la *lex fori* en matière d'actes illicites complexes.

Section II Compétence

§ I. Introduction

A) *La compétence française sous le coup de l'hésitation jurisprudentielle*

492. Si nous devons résumer, en un mot, la réaction des juges français à l'arrivée d'Internet dans l'application de leurs règles de compétence, nous emploierions le terme « hésitation ». La jurisprudence actuelle en la matière est traversée d'un grand schisme séparant deux approches mutuellement exclusives.

493. D'une part, la Cour de Cassation applique directement aux sites Internet étrangers des règles inspirées par l'approche classique employée pour la presse papier. Cela débouche sur l'approche de l'accessibilité, qui considère qu'un site est propre à créer un dommage dans une juridiction donnée par le simple fait de sa disponibilité technique.⁴⁹⁸ De l'autre, la Cour d'Appel de Paris estime qu'un tel

⁴⁹⁸ *Cour de cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, 09.12.03, Sté Castellblanch c. Sté Champagne L. Roederer, Juris-Data num. 2003-021338.

régime est inapproprié pour traiter de dommages commis via le réseau. Selon elle, la simple disponibilité d'un site ne suffit pas : il faut qu'un lien « *suffisant, substantiel ou significatif* » existe entre le site incriminé et le dommage allégué. En d'autres termes, il faudra que le site « vise » la juridiction en question pour qu'il soit propre à y créer un préjudice.⁴⁹⁹ Derrière ces termes se retrouve l'idée américaine du *targeting test* qui tend à évaluer la portée géographique voulue par un site web.

494. C'est cette hésitation entre ces approches qui nous fournira un fil rouge au long de notre présentation des solutions françaises.

B) Plan et délimitation de la matière

495. Ce chapitre se déroulera en trois parties. En premier lieu, nous présenterons brièvement le système français de compétence. Nous évoquerons au passage les origines de la première approche, soit le critère dit de l'accessibilité, qui était la règle de base employée en matière de délits de communication par voie de presse papier ou par l'emploi d'autres médias tels que le minitel.

496. Nous passerons ensuite à une présentation de la célèbre affaire *Yahoo !* qui fut mondialelement reconnue comme étant la première véritable rencontre entre le droit international privé et Internet. Nous relèverons notamment que l'hésitation judiciaire entre accessibilité et *targeting*, si caractéristique de la réponse française à notre problématique, était déjà présente, quoiqu'en filigrane. Nous discuterons également du rôle des technologies de géolocalisation par Internet au sein de cette affaire.

497. Nous reviendrons enfin sur la situation actuelle de la jurisprudence française et sur ce profond schisme jurisprudentiel. A cet effet, nous mettrons en exergue les origines et les caractéristiques propres aux versions françaises de l'accessibilité et du *targeting test*. Les critères précis employés lors de l'utilisation de ce second test nous intéressent particulièrement pour notre recherche de solutions, nous dédierons un paragraphe entier de ce chapitre à leur identification.

§ II. Règles de base

498. La France étant membre de l'Union Européenne, elle est régie par deux systèmes distincts de règles d'attribution de la compétence internationale. Pour les cas dans lesquels le défendeur a son domicile dans un État membre, on appliquera les règles trouvées dans le règlement Bruxelles I.⁵⁰⁰ Pour les cas résiduels, dans lesquels le domicile du défendeur serait situé dans un État non membre, par exemple

⁴⁹⁹ *Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre A*, 26.04.06, SA Normalu c. SARL Acet, Juris-Data num. 2006-302856.

⁵⁰⁰ 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, JOCE L 12/1. Cela, nonobstant les cas où le défendeur réside dans un pays membre de la Convention de Lugano, auquel cas l'on fera appel aux règles, très similaires, de cette dernière.

les États-Unis, on appliquera les règles internes françaises de compétence qui se trouvent en grande partie dans le Code de Procédure Civile.⁵⁰¹

499. Nous traiterons du dispositif communautaire dans le chapitre approprié. Formellement, donc, notre présentation se limitera ici aux seules règles internes françaises de compétence trouvées dans le CPC, et à leur application au réseau Internet.

500. Il nous faut néanmoins préciser que, en pratique, les différences entre les règles communautaires et les règles internes françaises sont quasiment inexistantes. En effet, les règles trouvées dans le CPC sont souvent interprétées de façon à épouser les contours des règles européennes, même si, formellement, elles n'y sont pas soumises. Il y a donc en France une sorte d'amalgame entre ces deux systèmes, qui se retrouve d'ailleurs pleinement dans la jurisprudence ayant trait à notre problématique. En d'autres termes, les approches que nous présenterons ci-après ont été développées au cours d'une jurisprudence unique, qui vaut tant pour l'interprétation des articles du CPC que pour celle des règles trouvées dans le dispositif européen.⁵⁰² Pour ces raisons, les arrêts de principe que nous détaillerons dans ce texte auront pour base légale formelle tantôt le CPC, et tantôt le règlement Bruxelles I. Cela ne change aucunement le fond de notre réflexion, les règles appliquées ici étant, à nouveau, quasiment identiques.

501. Ce constat nous amène sur une interrogation supplémentaire. *Quid*, donc, de la conformité de l'approche française en matière d'Internet aux principes communautaires régissant l'application de l'art. 5.1 du règlement Bruxelles 1 ? Nous démontrerons plus tard dans notre étude, que, jusqu'à récemment, ces principes étaient suffisamment ouverts pour y accueillir tant l'accessibilité que le *targeting*

⁵⁰¹ Code de Procédure Civile, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>> (dernière visite le 19.06.12). En marge des règles du CPC, le Code Civil français prévoit la compétence du juge français fondée sur la nationalité française du demandeur ou du défendeur. Ce chef de compétence, considéré comme exorbitant par les instruments communautaires et exclu par ceux-ci, ne concerne pas directement notre exposé et ne sera donc pas traité ici. Pour plus de renseignements, voir BERNARD AUDIT, *Droit international privé*, 5^{ème} ed., Paris 2008, pars. 358-371; LAURENT PECH, *Conflit de lois et compétence des juridictions françaises*, in: CHRISTIAN LE STANC (ed.), *Jurisclasseur Communication*, 2006-2009, par. 9; THIERRY VIGNAL, *Droit international privé*, Paris 2005, pars. 486-493.

⁵⁰² La confusion entre ces deux systèmes peut se déceler par une comparaison directe entre les deux arrêts de principe ayant formé le schisme actuel du paysage jurisprudentiel français. L'arrêt *Castellblanch / Roederer* de la Cour de Cassation, qui a adopté le critère de l'accessibilité, a été rendu dans le cadre du système communautaire (voir *infra* p. 154ss.). En revanche, l'arrêt *Normalu* de la Cour d'Appel de Paris, qui lui a préféré une sorte de *targeting test*, a été pris dans le cadre des dispositions du CPC français (voir *infra* p. 161ss.). En commentant ces différences, les auteurs français y ont vu une opposition directe et non une évolution parallèle de deux systèmes séparés aux sources distinctes. Similairement, la dissidence récente de la chambre commerciale de la Cour de Cassation s'est construite à la suite d'arrêts tant européens qu'extra-européens, sans réelle distinction de la source juridique (voir *infra* p. 158ss.). A ce sujet, voir MARIE-ÉLODIE ANCEL, *Liens sponsorisés : pour une compétence raisonnée des tribunaux français*, *Comm. com. électr.* (Oct. 2007), étude 23, note 3 et texte y afférant; CHRISTOPHE CARON, *Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises*, *Comm. com. électr.* (Avril 2004), p. 26ss, spec. p. 27; CYRIL CHABERT, *Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet*, *JCP G* 44 (2008), p. 38ss, spec. p. 39; XAVIER VUITTON, *Ebay Condamné Pour Vente de Produits Contrefaits*, *JCP G* 41 (2008), p. 34ss, spec. p. 36.

test.⁵⁰³ Cela n'est néanmoins plus le cas aujourd'hui, le récent arrêt *eDate* de la CJUE tranchant en faveur du critère de l'accessibilité. Nous vous renvoyons donc également à la section appropriée pour une discussion sur cet aspect de la matière.⁵⁰⁴

A) Les art. 42 et 46 du CPC

502. Les règles françaises de compétence nous intéressant se trouvent dans les articles 42 à 48 du Code de Procédure Civile.⁵⁰⁵ Comme évoqué ci-dessus, leur fonctionnement se rapproche fortement de celui des dispositions contenues dans les instruments européens.

503. L'article 42 CPC place une compétence générale au lieu du domicile du défendeur. De notre point de vue, ce point de rattachement ne pose pas de problèmes particuliers. L'article 46 paragraphe 3 CPC prévoit une compétence alternative, qui en matière délictuelle se situe au « lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ». Similairement à la construction de la jurisprudence *Shevill*, il est généralement admis que l'étendue de la compétence en ce dernier lieu est limitée au dommage local y subi.⁵⁰⁶

504. Notre travail se concentrera principalement sur la compétence fondée sur le dommage au lieu du résultat. La question de l'interprétation du lieu de l'acte causal en matière d'Internet ne sera pas traitée ici, car à notre connaissance absente de la jurisprudence française y afférente.

B) Jurisprudence traditionnelle : le critère de l'accessibilité

505. Traditionnellement, les cours françaises ont employé le critère de l'accessibilité pour mesurer l'existence d'un dommage commis par la voie des médias. Selon celui-ci, il suffit que la communication litigieuse soit disponible sur le sol français pour qu'elle soit considérée comme présente dans cette juridiction et capable d'y causer un

⁵⁰³ Voir *infra* p. 189ss.

⁵⁰⁴ Voir *infra* p. 194ss.

⁵⁰⁵ Relevons au passage que ces dispositions du CPC ne s'appliquent formellement qu'à la détermination interne du juge français compétent, et non à l'aspect international de la matière. Il fallut que la Cour de Cassation étende par la voie de la jurisprudence la portée de ces articles pour que l'on puisse les appliquer aux cas internationaux. Voir *Cour de cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, 19.12.59, Pelassa, Rev. Crit. DIP (1960), p. 215. Voir également BERNARD AUDIT, Droit international privé, *op. cit.*, par. 335; THIERRY VIGNAL, Droit international privé, *op. cit.*, par. 11.

⁵⁰⁶ *Cour d'Appel de Paris*, 19.03.85, Catherine Grimaldi, princesse de Monaco c. Burda, Juris-Data num. 1984-021744. La question n'est cependant pas encore entièrement fixée en ce qui concerne l'étendue du dommage recouvrable au lieu du résultat de l'atteinte. Voir BERNARD AUDIT, Droit international privé, *op. cit.*, par. 345; ERIC A. CAPRIOLI, Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique, 2^{ème} ed., Paris 2007, par. 44; ANDRÉ HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, in : PIERRE CATALA / PHILIPPE SIMLER (eds.), Jurisclasseur Civil Code, fasc. 20, 2002-2009, pars. 39-41; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, pars. 31-33; THIERRY VIGNAL, Droit international privé, *op. cit.*, par. 479.

préjudice. Ce test fut employé de façon cohérente à l'égard des médias précédant Internet, comme la presse papier, la télévision, ou encore le minitel.⁵⁰⁷

506. Cependant, et nous rejoignons ici le fil rouge de ce chapitre, l'arrivée d'Internet dans la réflexion sur la compétence française a réussi à remettre en question l'emploi absolu de ce critère. Les premiers indices montrant cette hésitation se trouvent dans les ordonnances de la célèbre affaire *Yahoo !*, qui fut le premier *leading case*, tant français que mondial, à avoir confronté le droit international privé à l'ubiquité d'Internet.

§ III. L'affaire Yahoo !

A) Introduction

507. Plus qu'une simple rencontre entre le DIP Français et Internet, l'affaire *Yahoo !* est internationalement considérée comme le *leading case* incontournable pour tout ce qui touche à la relation entre le droit et Internet. Souvent citée comme un exemple classique des problèmes amenés par l'ubiquité du réseau, elle en reste l'un des cas d'école.⁵⁰⁸ Afin de pouvoir saisir toute l'ampleur de cet impact, il nous faut la replacer dans son contexte.

508. Avant *Yahoo !*, le rapport entre le droit et Internet était encore inexploré. On s'interrogeait si ce réseau, amorphe et dépourvu de réalité physique, pouvait être saisi par les droits nationaux.⁵⁰⁹ La doctrine de cette époque ne se concernait donc pas encore de nos préoccupations d'accessibilité et de *targeting*, mais bien d'une question plus fondamentale : peut-on appliquer le droit étatique au contenu trouvé sur Internet ? N'est-ce pas un espace séparé de toute réalité physique et juridique, qui se dérobe à la réglementation juridiques ?⁵¹⁰

509. Cette affaire *Yahoo !*, qui vit un tribunal français asserter sa compétence à l'encontre d'une firme américaine sur la base d'un site Internet, eut l'effet d'une bombe. Elle montra que les tribunaux étatiques pouvaient très bien se considérer compétentes lorsque confrontées à des délits commis uniquement via le réseau; en

⁵⁰⁷ *Cour de cassation, Chambre Commerciale*, 07.03.00, Padovano c. Sté nationale de télévision France 2, Juris-Data num. 2000-000860 (au sujet du minitel). Voir aussi LAURENT PECH, *Conflit de lois et compétence des juridictions françaises*, *op. cit.*, par. 4; THIERRY VIGNAL, *Droit international privé*, *op. cit.*, par. 479.

⁵⁰⁸ MATHIAS REIMANN, Introduction : The Yahoo ! Case and Conflict of Laws in the Cyberage, 24 Mich. J. Int'l L., p. 663ss, spec. p. 668-669.

⁵⁰⁹ Pour des textes illustratifs de ces premiers débats sur la nature d'Internet en tant que sujet possible de droit, voir JOHN PERRY BARLOW, A Declaration of the Independence of Cyberspace, <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> (dernière visite le 20.06.12); JACK GOLDSMITH, Against Cyberanarchy, 65 U. Chi. L. Rev. (1998), p. 1199ss, ainsi que DAVID R. JOHNSON / DAVID POST, Law And Borders--The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stan. L. Rev. (1996), p. 1367. Voir enfin MORITZ KELLER, Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States, 23 J. Marshall J. Computer & Info. L. (2004), p. 1ss, spec. p. 10-16.

⁵¹⁰ Les tribunaux ainsi que les auteurs américains avaient, à l'époque de *Yahoo!*, déjà débattu ces question au niveau interne, et notamment via l'arrêt *Zippo*. Néanmoins, *Yahoo !* fut le premier cas international dans lequel un tribunal accepta sa compétence sur un défendeur étranger sur la base d'un site Internet.

conséquence le contenu y présent se retrouvait alors pleinement soumis aux réglementations nationales. En apportant ces réponses, les ordonnances *Yahoo !*, qui furent ensuite suivies par les arrêts *Gutnick* et *Lennox Lewis*, mirent fin au débat sur la réglementation législative et judiciaire du réseau Internet.⁵¹¹

510. Cette section ne se souciera pas de cette question, est aujourd'hui quelque peu désuète. La présentation des ordonnances *Yahoo !* qui suivire se fera sous deux autres aspects, entièrement focalisés sur la recherche de solutions considérée par ce travail.⁵¹²

511. Premièrement, nous montrerons que, au niveau de l'application des règles de compétence à Internet, les ordonnances *Yahoo !* ne sont pas d'une grande aide car le juge chargé de l'affaire oscilla de façon confuse entre le critère de l'accessibilité et une certaine forme de *targeting*. Nous verrons que cela a amené la doctrine à l'interpréter de façon très nuancée. Ensuite, notre analyse portera sur un autre plan, celui de la géolocalisation. En effet, l'affaire *Yahoo !* est exceptionnelle, dans le sens où elle est la seule de notre étude dans laquelle ces moyens techniques d'identification ont été explicitement considérés par un juge étatique.

B) Contexte du litige

512. Au centre du litige se trouvait la célèbre société Yahoo Inc., dont l'activité principale consiste en l'exploitation d'un portail Internet proposant plusieurs services comme l'accès à des boîtes e-mail gratuites, un moteur de recherche ou un programme de messagerie instantanée. Son siège se trouvait alors en Californie à Santa-Clara.⁵¹³

513. A l'époque des faits, soit en 2000, elle proposait sur son site américain <www.yahoo.com> un service de ventes aux enchères en ligne. Celui-ci permettait, entre autres, l'achat d'insignes, d'uniformes, de drapeaux et d'autres objets affiliés au Troisième Reich. Ces ventes sont permises du point de vue du droit américain où elles étaient protégées par le *First Amendment* garantissant la liberté d'expression. Elles sont par contre prohibées en France où l'article R645-1 du Code Pénal interdit le port ou l'exhibition d'objets ou d'insignes ayant trait au nazisme.⁵¹⁴

514. Ces ventes étaient disponibles sur <www.yahoo.com>, soit, la version américaine du portail de la firme. Depuis le portail dédié à la France, soit

⁵¹¹ Au sujet du rôle de l'affaire *Yahoo !* en tant que première brèche vers un Internet pleinement soumis au droit, voir JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, *op. cit.*, p. 1-10.

⁵¹² Pour une présentation et une critique détaillée des ordonnances *Yahoo !* dans leur ensemble, voir MARC H. GREENBERG, *A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, 18 Berkeley Tech. L. J. (2003), p. 1191ss; DANIEL ARTHUR LAPRÈS, *L'exorbitante affaire Yahoo !*, *JDI* 4 (2002), p. 975ss.

⁵¹³ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 22.05.00, LICRA c. Yahoo! Inc., <<http://www.lapres.net/yahfr.html>> (dernière visite le 20.06.12).

⁵¹⁴ Code Pénal, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>> (dernière visite le 20.06.12).

<fr.yahoo.com>, il n'y avait aucun accès direct. Il était cependant possible pour un internaute français de rejoindre au site américain en cliquant sur un lien prévu à cet effet sur le site français. De plus, une recherche contenant des termes ayant trait au nazisme, même effectuée depuis le site français, affichait les pages litigieuses en tant que résultat et, dès lors, permettait un accès indirect. Enfin, lorsqu'un usager français accédait par l'un de ces moyens au site de ventes aux enchères, des bannières publicitaires rédigées en français s'affichaient sur les pages en question. Cela laissait entendre que Yahoo! disposait d'un moyen de géolocalisation lui permettant d'identifier la provenance géographique des usagers situés en France dans le but de leur servir des promotions appropriées.

515. Le 10 Avril 2000, la Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA), rejointe par l'Union Juive des Etudiants de France (UEJF), saisit le Tribunal de Grande Instance de Paris en vue de faire constater l'infraction à l'article R645-1 du Code Pénal français. Pour la facette civile de son action, qui est celle nous intéressant ici, elle demanda à la cour de prononcer une injonction à l'encontre de Yahoo! afin de forcer la firme à rendre inaccessible au public français tout site ou tout procédé de vente ayant un rapport avec le 3^{ème} Reich.

516. Yahoo! articula sa défense autour de deux arguments : le premier ayant trait à la compétence du juge français et le second à l'impossibilité technique d'exécuter cette injonction. Nous traiterons à la suite de ces deux arguments.

C) *Les ordonnances Yahoo! et l'exercice de la compétence du tribunal français*

1) *Justification de la compétence par l'accessibilité*

517. Au niveau de la compétence, l'argument principal de Yahoo! se fondait sur le fait que le dommage ne s'était pas produit sur le territoire français. Selon la firme, les pages litigieuses étaient destinées au seul public américain et n'étaient pas présentes dans la version du site dédiée à la France. Sans l'existence d'une vente d'objets nazis dirigée vers le public français, la compétence ne pouvait pas légitimement se fonder sur l'article 46 du CPC.

518. Dans sa première ordonnance, datant du 22 Mai 2000, le juge GOMEZ rejeta catégoriquement cette argumentation. Il remarqua au préalable que le site américain de la firme, bien que s'adressant à un public local, pouvait être librement consulté par un internaute français et que les ventes aux enchères étaient accessibles et disponibles sur le territoire français. Il releva ensuite que l'exposition en France d'objets nazis en vue de leur vente constituait à elle seule une contravention à l'article R645-1 du Code Pénal français.

519. Il en conclut que la possibilité d'accès à ces ventes en ligne depuis le territoire français était à même de provoquer l'atteinte prévue par la disposition pénale. La faute commise par Yahoo! était certes, selon ses termes, « *non intentionnelle* », mais en tout cas suffisante pour créer un dommage susceptible de fonder la compétence des tribunaux français à l'aune de l'article 46 CPC.

2) *Emploi subséquent d'éléments de targeting*

520. Cette dernière conclusion ne fut pas le dernier mot au sujet de la compétence territoriale : à l'occasion des deux ordonnances subséquentes, Yahoo! réitéra son argumentation fondée sur l'exception d'incompétence.

521. Amené à statuer à nouveau sur cet aspect, le juge GOMEZ affina son raisonnement juridique et clarifia la motivation de sa décision. En particulier, il prit plus sérieusement en compte la question de la prévisibilité de l'atteinte en France et examina plus en profondeur le public réellement visé par le site de la société défenderesse. Ayant pourtant déjà justifié sa compétence via le critère de l'accessibilité, il sembla alors glisser sur une analyse matériellement plus proche du *targeting test*.⁵¹⁵

522. Un premier pas en cette direction se fit dans son ordonnance intérimaire du 11 Août 2000. Il y mentionna en passant que la vocation commerciale de Yahoo! était « *de développer et d'amplifier son activité et la connaissance de son activité auprès des internautes du monde entier* ». Elle ne pouvait dès lors pas sérieusement argumenter que ses services ne s'adressaient qu'au public américain à l'exclusion complète du public français.⁵¹⁶

523. Mais c'est surtout dans son ordonnance finale du 20 Novembre 2000 que sa réflexion se para assez nettement d'arguments du type *targeting*.⁵¹⁷ Il y concéda que plusieurs éléments permettaient de penser que le site de la firme s'adressait à un public américain : la langue, la monnaie acceptée pour les paiements, les conditions de livraisons et la nature des objets généralement mis en vente plaidaient en ce sens. Toutefois, dans le contexte précis d'objets nazis portant à controverse, ces ventes pouvaient saisir l'intérêt d'un public étranger, y compris des possibles internautes français, désireux de contourner leur loi locale. De plus, Yahoo! savait pertinemment que ce site d'enchères pouvait être fréquenté par des internautes français, à cause des bandeaux publicitaires francophones qui s'affichaient lorsqu'un tel visiteur était identifié par le site. Ce fait permettait de déduire que la société avait prévu et intégré

⁵¹⁵ Pour une lecture similaire de l'évolution juridique contenue au sein des textes des trois ordonnances de l'affaire Yahoo!, voir NICHOLAS DALTON / JEAN-PHILIPPE HUGOT, *The Universal Jurisdiction of French Courts in Civil and Criminal Cases: the Road to Digital Purgatory?*, 13 (3) Ent. L. R. (2002), p. 49ss, spec. p. 50-51; MARC H. GREENBERG, *A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, *op. cit.*, p. 1208-1209 et 1213.

⁵¹⁶ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 11.08.00, LICRA c. Yahoo! Inc., <<http://www.lapres.net/yahfr8.html>> (dernière visite le 20.06.12), point IV.

⁵¹⁷ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 20.11.00, LICRA c. Yahoo! Inc., <<http://www.lapres.net/ya2011.html>> (dernière visite le 20.06.12).

dans son plan commercial la possibilité que son site soit visité par une part d'internautes émanant de France.

524. Sur la base de ces deux arguments, le juge GOMEZ conclut que le lien entre le site et la France était suffisamment caractérisé pour d'autant plus justifier son exercice de la compétence française à l'encontre de la firme américaine.

3) Commentaires : une dualité d'interprétations

525. Ce glissement progressif, dans le texte du juge GOMEZ, du critère de l'accessibilité stricte vers une prise en compte d'éléments de *targeting* rend difficile la catégorisation de son attitude.

526. Si on se focalise sur les termes de la première ordonnance, on peut conclure qu'il a fondé sa compétence sur la simple disponibilité du site sur le territoire français. Certains des auteurs commentant cette affaire adoptèrent cette interprétation, et estimèrent que cette approche était trop large.⁵¹⁸

527. Mais si on concentre sur les arguments développés dans la troisième ordonnance, on peut également penser que la décision fut fondée sur des critères plus ciblés. Le positionnement international de Yahoo! ainsi que son emploi de publicités en français indiquaient effectivement que le site d'enchères de la firme s'adressait à un public français. Ou, tout du moins, qu'elle avait sciemment accepté la possibilité d'y accueillir des visiteurs français et d'en tirer un revenu publicitaire. D'autres auteurs estimèrent donc que l'approche employée par le juge était plutôt proche du *targeting test* américain et était dès lors moins critiquable.⁵¹⁹ Cette divergence d'interprétations nous amène à faire deux constats.

⁵¹⁸ Voir GREGORY S. COOPER, *A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, 8 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y, p.2ss, spec. sec. I et II; MARC H. GREENBERG, *A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, *op. cit.*, p. 1208-1209; MATTHEW FAGIN, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, 9 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (2003), p. 395ss, spec. p. 423; DANIEL ARTHUR LAPRÈS, *L'exorbitante affaire Yahoo!*, *op. cit.*, p. 988-992; JULIEN MAILLAND, *Freedom of Speech, the Internet, and the Costs of Control: the French Example*, 33 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. (2001), p. 1179ss, spec. p. 1208-1209; KEVIN A. MEEHAN, *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction*, 31 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. p. 345ss, spec. p. 358-359, p. 358, LAURENT PECH, *Conflit de lois et compétence des juridictions françaises*, *op. cit.*, par. 44; VALÉRIE SÉDAILLIAN, *Commentaire de l'affaire Yahoo!*, *Juriscom.net vol.2*, <<http://lthoumyre.chez.com/chr/2/fr20010112.htm>> (dernière visite le 08.10.13), pars. 10-16; THOMAS SCHULTZ, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces*, 19 Eur. J. Int'l L. (2008), p. 799ss, spec. p. 811-812; YULIA A. TIMOFEVA, *Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*, 20 Conn. J. Int'l L. (2005), p. 199ss, spec. 205 et 207-208.

⁵¹⁹ Voir GREGORY S. COOPER, *A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, *op. cit.*, sec. II; MARC H. GREENBERG, *A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, *op. cit.*, p. 121; MARK S. KENDE, *Yahoo!: National Borders in Cyberspace and their impact on International Lawyers*, 32 N. M. L. Rev. (2002), p. 1ss, spec. p. 9; ANDREAS MANOLOPOULOS, *Raising Cyber-Borders, the Interaction between Law and Technology*, 11 Int'l J. L. & Info. Tech. (2003), p. 40ss, spec. p. 48; HORACIA MUIR-WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, 23 Mich. J. Int'l L. (2003), p. 673ss, spec. p. 685-686; CAITLIN T. MURPHY, *International Law and the Internet: An Ill-Suited Match*, 25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. (2002), p. 405, spec. p. 414-415; LAURENT PECH, *Conflit de lois et compétence des juridictions françaises*, *op. cit.*, par. 47; JOËL R. REIDENBERG, *L'affaire Yahoo! et la démocratisation internationale d'Internet*, *Comm. com. élect.* (Mars 2001), *chron.* 12, spec. p. 14-16. D'autres auteurs ont explicitement rejeté cette interprétation, estimant que le texte des ordonnances

528. Le premier est que, même si cette affaire est considérée comme un *leading case* pour les raisons mentionnées plus haut, elle n'apporte pas de réelle piste à notre réflexion sur les règles de compétence. Les termes trop vagues de ses considérants, et l'absence d'identification du test employé par le juge ne le rendent pas directement utile pour notre recherche de solutions

529. Le second est que, s'il nous faut retenir un élément de ces ordonnances, c'est ce souci du juge GOMEZ de justifier par un *targeting test* une compétence pourtant déjà formellement acquise par le critère de l'accessibilité. On semble presque ressentir une espèce de malaise de la part du magistrat à retenir sa compétence à l'encontre d'un site étranger sur la base de sa simple disponibilité en France. En filigrane de *Yahoo !* se trouvent donc les germes de l'hésitation judiciaire française entre ces deux sets de critères. Ces ordonnances préfigurent donc en quelques sortes l'opposition actuelle de méthodes trouvées dans la jurisprudence actuelle.

D) *L'affaire Yahoo ! et la géolocalisation par Internet*

530. Comme exposé ci-dessus, la réflexion du juge français sur la compétence inclut quelques arguments fondés sur les procédés de géolocalisation déjà déployées par la firme : il retint que le site identifiait les visiteurs provenant de la France afin de leur afficher des publicités ciblées. De ce fait, Yahoo ! était pleinement consciente des l'accès à son contenu depuis la France et elle en tirait de plus un revenu publicitaire. En conséquence, elle ne pouvait donc pas argumenter qu'elle ne s'adressait pas à ce public.

531. Mais l'emploi de la géolocalisation dans Yahoo ! ne se limita pas à ces considérations. Une partie importante de l'affaire tourna autour de la possibilité ou non pour Yahoo ! de respecter l'ordre injonctif attendu par les demanderesse, soit de prévenir à l'accès d'internautes français au contenu illicite. La firme contesta que la mise en œuvre de cette injonction lui était irréalisable : son dispositif de géolocalisation publicitaire, certes existant, était techniquement rudimentaire et peu fiable. Il lui était donc impossible de localiser et de filtrer de façon précise la provenance géographique des visiteurs de son site. Pour respecter l'ordre, la seule solution techniquement appropriée était la suppression complète des ventes d'objets nazis de son portail d'enchères. Mais cet acte aurait eu pour effet de bannir ces ventes également aux États-Unis, là où elles étaient licites. La liberté d'expression sur le réseau aurait donc été menacée par une telle décision.

532. Le juge GOMEZ ne fut aucunement convaincu par ces arguments. Dans son ordonnance du 22 Mai 2000, il releva que la firme avait les moyens d'identifier la provenance géographique de ses visiteurs via l'adresse IP car elle leur servait déjà

Yahoo ! n'était en tout cas pas directement comparable au *targeting test*. Voir MATTHEW CHIVVIS, Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction, 41 U.S.F. L.Rev. (2007), p. 699ss, spec. p. 705-707; MATTHEW FAGIN, Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values, *op. cit.*, p. 423.

des publicités géographiquement ciblées. Elle disposait donc d'une structure technique suffisante pour bloquer l'accès à certaines de ses pages aux internautes provenant d'un État précis.⁵²⁰ Même si ce procédé, suivant les arguments de Yahoo!, n'était pas parfait, sa mise en place était déjà plus souhaitable qu'une absence complète de contrôle.⁵²¹ Cette solution avait de plus l'avantage d'éviter l'argument de l'appauvrissement de la liberté d'expression sur le réseau : Yahoo! pouvait continuer l'exploitation de son site de ventes aux enchères dans les États où il était licite, du moment que la France en était exclue. Il ordonna donc à la firme de préparer des mesures de géolocalisation négative à cet effet, et de lui présenter, au cours d'une audience ultérieure, son plan d'action pour remplir à ces exigences.

533. Lors de l'audience suivante, Yahoo! objecta à nouveau qu'il lui était impossible de remplir aux exigences de l'ordonnance du 22 Mai. Elle produit en ce sens un rapport d'expert expliquant que, en l'état actuel de la technique, les procédés de filtrage d'usager par géolocalisation n'étaient pas encore suffisamment fiables pour exclure les internautes français de son site de vente en ligne. Enfin, elle argumenta que la mise en œuvre d'un tel dispositif serait beaucoup trop long et coûteux.

534. S'abstenant de trancher directement dans cette matière très technique, le juge GOMEZ préféra, via son ordonnance du 11 Août 2000, prévoir la constitution d'un panel d'experts sur l'architecture d'Internet.⁵²² Il fut composé de FRANÇOIS WALLON, de VINTON CERF et de BEN LAURIE. Leur tâche était d'étudier la fiabilité des procédés de filtrage, et d'examiner s'il était raisonnable d'imposer à Yahoo! leur mise en place.

535. Ils commencèrent par considérer la fiabilité de l'identification géographique via l'IP, et conclurent que celle-ci n'était fiable qu'à 70%. Les 30% de marge d'erreur pouvaient être expliqués par l'imprécision inhérente au processus d'identification par IP et par la facilité avec laquelle un usager pouvait la contourner.⁵²³ Pour pallier à ces imperfections, deux des trois experts recommandèrent à Yahoo! de compléter ce dispositif par une géolocalisation indirecte : les internautes à l'IP ambiguë pourraient être amenés à déclarer leur nationalité pour pouvoir accéder au contenu litigieux. Cela prendrait la forme d'une « déclaration sur l'honneur » obligatoire pour tout visiteur ne pouvant pas être identifié par les outils techniques.⁵²⁴ En combinant l'identification par IP avec cette identification manuelle, les experts LAURIE et WALLON estimèrent que Yahoo! était à même d'identifier et d'exclure 90% du trafic français de son site de ventes aux enchères. Et, vu la géolocalisation positive déjà

⁵²⁰ Pour une présentation complète de ce processus, voir *supra* p. 33ss.

⁵²¹ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 22.05.00, LICRA c. Yahoo! Inc.

⁵²² *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 11.08.00, LICRA c. Yahoo! Inc.

⁵²³ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 20.11.00, LICRA c. Yahoo! Inc. Pour une présentation de la technologie discutée lors de cette argumentation, voir *supra* p. 33ss, spec. p. 42-46. Il faut cependant garder en tête que, étant donné l'ancienneté de l'arrêt, ces chiffres ne sont pas indicatifs de l'état actuel de la technologie.

⁵²⁴ Pour plus de détails sur ces moyens de géolocalisation indirecte et une brève discussion de leur valeur, voir *supra* p. 35-36 et 38.

mise en place sur son site, la mise en place de ce dispositif ne leur semblait pas exagérément coûteuse ou encombrante.

536. Cette solution fut contestée par VINTON CERF, par ailleurs l'un des pères d'Internet, qui rédigea une opinion dissidente. Il s'opposa à l'emploi d'une déclaration sur l'honneur imposée à l'internaute. Pour lui, celle-ci non seulement inutile, car le visiteur pouvait toujours mentir, mais également insatisfaisante du point de vue du respect de la vie privée. Une telle obligation aurait pour effet de forcer tous les usagers sur Internet, quel que soit leur lieu de résidence, à s'identifier auprès de Yahoo !.

537. Malgré cette remarque, le juge fut séduit par la proposition de ses deux collègues. Bien que le taux de fiabilité de celle-ci n'atteignait que 90%, il estima qu'un filtrage imparfait était tout du moins plus appréciable que tout autre solution. Il somma la firme de se conformer à ses exigences et d'adopter les moyens proposés par le rapport d'expertise. Finalement, dans son ordonnance du 20 Novembre 2000, il donna 3 mois à Yahoo ! pour bloquer les usagers français, faute de quoi elle serait forcée de payer une astreinte de 100'000 Francs par jour de retard.

E) *L'après Yahoo !*

538. Les ordonnances et l'astreinte du juge GOMEZ ne marquèrent pas pour autant la fin du feuilleton Yahoo !. Peu de temps après la parution de celles-ci, l'un des experts du panel, Ben LAURIE, publia sur son site des excuses publiques. Dans ce texte, il exposa que la solution de géolocalisation retenue par son panel était triviale car aisément contournable. Réfléchissant sur les retombées sociales de la décision française, il fut assez critique vis-à-vis de celle-ci, et considéra qu'il n'était pas du ressort de la France de dicter le comportement d'une corporation américaine ni de décider ce qui devait se trouver sur Internet. Il conclut que la facilité avec laquelle sa solution de filtrage proposé pouvait être contournée était au final une sorte de victoire matérielle pour le réseau, lui permettant de pérenniser son rôle de vecteur global d'informations.⁵²⁵

539. L'affaire *Yahoo !* connut aussi quelques rebondissement aux États-Unis, lorsque la firme tenta de faire constater l'inexécutabilité des ordonnances et des amendes françaises sur le territoire américain. En dernier ressort, la *Court of Appeals* du *Ninth Circuit* rejeta la demande au motif que celle-ci était dépourvue d'intérêt juridique immédiat, les associations françaises n'ayant pas tenté de faire exécuter le jugement. Celles-ci avaient déclaré ne pas être intéressées par cette procédure et ne voulaient utiliser l'astreinte que comme moyen de pression pour que Yahoo ! modifie sa politique interne pour bannir les objets nazis.⁵²⁶ Nous ne traiterons pas en détail de cette partie américaine de l'affaire, qui concerne surtout les règles d'exécution

⁵²⁵ BEN LAURIE, An Expert's Apology, <<http://www.apache-ssl.org/apology.html>> (dernière visite le 20.06.12).

⁵²⁶ *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, 24.03.05, *Yahoo ! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 433 F.3d 1199.

propres à cet État.⁵²⁷ Nous en retiendrons surtout que c'est ce débat qui a semé les graines de l'idée d'un refus *ex-ante* à l'exécution des jugements étrangers incompatibles avec le First Amendment, une idée désormais devenue loi grâce au SPEECH Act signé par le président Obama.⁵²⁸

540. A titre de conclusion, nous exposerons que, au final, l'action des associations françaises a été effective. Le 10 Janvier 2001, Yahoo ! modifia sa politique interne et bannit la vente d'objets nazis de son service de ventes aux enchères. Officiellement, la firme le fit pour rendre son offre, désormais payante, plus attractive sur le plan international.⁵²⁹ Bref, plutôt que de filtrer les internautes français, elle préféra régler le problème de façon draconienne, en effaçant toute trace des objets litigieux de son site américain. L'histoire ne nous dira donc pas si des mesures de géolocalisation auraient été efficaces en pratique.

F) Conclusion : un leading case peu loquace

541. En bref, malgré l'importance de ces ordonnances *Yahoo !* à l'époque de leur rédaction, on peut penser qu'elles ne sont aujourd'hui que d'une aide limitée. Deux points nous seront à retenir.

542. Tout d'abord, comme noté précédemment, son analyse détaillée de la géolocalisation par Internet est unique au sein des leading cases mondiaux en la matière. Enfin, l'affaire *Yahoo !* illustre bien l'hésitation ressentie par les cours françaises à appliquer à Internet la règle traditionnelle de la compétence fondée sur la simple accessibilité de la communication litigieuse. C'est d'ailleurs vers l'expression actuelle de cette hésitation, caractérisée aujourd'hui par un profond schisme, que nous allons nous tourner.

543. Nous commencerons par traiter du critère de l'*accessibilité*, que nous décrirons brièvement. Nous mettrons surtout l'accent sur son actuelle fragilité en tant que doctrine, car elle fut récemment remise en question par la chambre commerciale de la Cour de Cassation. Nous passerons ensuite à l'application française du critère du *targeting*, qui sera d'abord décrite de façon générale, puis analysée en détail. En effet, la jurisprudence par rapport à ce dernier est foisonnante et riche d'enseignements. Nous y identifierons plusieurs critères de *targeting* qui nous seront utiles.

⁵²⁷ Pour plus de détails sur cet aspect de l'affaire *Yahoo !*, voir RAYMOND W. BEAUCHAMP, *England's Chilling Forecast : The Case for Granting Declaratory Relief to Prevent English Defamation Actions from Chilling American Speech*, 74 *Fordham L. Rev.* (2006), p. 3073ss, spec. p. 3113-3120; AYELET BEN-EZER / ARIEL L. BENDOR, *Conceptualizing Yahoo! v. L.C.R.A.: Private Law, Constitutional Review and International Conflict of Laws*, 25 *Cardozo L. R.* (2004), p. 2089ss; MATTHEW CHIVVIS, *Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 703-707.

⁵²⁸ Même si le déclencheur de cette tendance législative américaine fut l'arrêt *Ehrenfeld v. Mahfouz*, l'affaire *Yahoo !* avait déjà semé quelques germes de discussion en ce sens. Pour plus de détails sur cette réaction, voir *supra* p. 4.

⁵²⁹ TROY WOLVERTON / JEFF PELLINE, *Yahoo to Charge Fees, Ban Hateful Material*. CNET News, 02.01.01., <<http://news.cnet.com/2100-1017-250452.html>> (dernière visite le 20.06.12).

§ IV. Le critère de l'accessibilité de la Cour de Cassation

A) Origines

544. Traditionnellement, le critère de l'accessibilité était employé par les cours françaises pour juger des dommages causés par les médias précédant l'arrivée d'Internet. Il n'était donc guère surprenant de constater son emploi à l'égard du réseau. Ainsi, affaire *Yahoo !* mis à part, les quelques premiers arrêts français traitant de notre problématique y appliquèrent ce critère. Cela se fit de manière répandue et cohérente et dans une multitude de domaines comprenant les atteintes à la personnalité.⁵³⁰ Le *leading case* français emblématique de cette tendance est l'arrêt *Castellblanch v. Roederer*, dans lequel la Cour de Cassation l'adopta expressément.

B) L'arrêt *Castellblanch v. Roederer*⁵³¹

1) Contexte du litige

545. La demanderesse était la société française Louis Roederer. Elle exploitait en France une gamme de champagnes nommée « Cristal » dont elle détenait l'usage exclusif dans ce territoire. La défenderesse, nommée Castellblanch, était une entreprise espagnole de vins mousseux qui exploitait également la marque « Cristal » dont elle était titulaire en Espagne. Au niveau de l'exploitation de la propriété intellectuelle, il n'y avait pas d'équivoque : chacune des sociétés employait légalement la marque « Cristal » dans les limites de leurs territoires nationaux respectifs.

546. La société Castellblanch disposait d'un site Internet, qui faisait la promotion de son vin mousseux « Cristal ». Ce site était rédigé en espagnol et en anglais, et ne permettait pas la commande de ces vins en dehors de l'Espagne. De plus, il n'était pas référencé dans les moteurs de recherches français et ne contenait pas de mots-clés rédigés dans cette langue. Malgré cela, la société Louis Roederer intenta en France une action en contrefaçon de marques. Elle se fonda sur l'exploitation induite de sa marque « Cristal » par la société défenderesse en France par le biais du site promotionnel. Elle argumenta que, vu que celui-ci était accessible sur le territoire français, la compétence du juge français était fondée.

⁵³⁰ Pour un arrêt en diffamation fondant sa compétence sur la simple disponibilité, voir *Cour d'Appel de Paris*, 06.11.02, Ass. Le Front National c. W., JurisData num. 2002-220411. Pour une présentation détaillée de la jurisprudence ayant trait à cette approche, voir LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, pars. 40-47.

⁵³¹ *Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile*, 09.12.03, Société Castellblanch c. Société Champagne Louis Roederer <http://www.legalis.net/spip.php?page=brevs-article&id_article=1017> (dernière visite le 20.06.12). Pour des présentations et des commentaires contrastés sur cet arrêt, voir OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *Rev. Crit. DIP* num. 93 (3) (2004), p. 632ss; CHRISTOPHE CARON, Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, p. 26; CHABERT, Cyril, La distinction entre site passif et site actif à l'épreuve des conflits de juridictions, *JCP G* 15 (2004), p. 685ss; ANDRÉ HUET, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *JDI* 3 (2004), p. 872ss.

547. La demande fut acceptée par le tribunal de première instance, puis confirmée par la Cour d'Appel de Reims. Toutes deux estimèrent que l'accessibilité du site depuis la France était suffisante pour causer un préjudice et ainsi fonder la compétence.

548. La société défenderesse porta alors l'affaire devant la Cour de Cassation. Elle argumenta que le dommage subi en France était, sinon inexistant, en tout cas virtuel et peu concret. Cela était dû à la nature purement « passive » de leur site vis-à-vis de cette juridiction. Rédigé en anglais et en espagnol, et entièrement destiné au public ibérique, celui-ci ne démarchait aucunement le public français. Ce n'était qu'en cherchant spécifiquement la marque espagnole qu'un internaute français pouvait accéder à ce site promotionnel. Bref, bien qu'il fût disponible dans ce territoire, il n'était pas propre à y créer un préjudice substantiel. Et sans ce dernier élément, il était impossible de fonder la compétence.

2) *L'arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation*

549. La première chambre civile de la Cour de Cassation ne fut pas convaincue par cette argumentation. Se fondant sur l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles,⁵³² elle rappela premièrement que la compétence internationale appartenait tant au tribunal du lieu de l'acte délictuel que celui du préjudice subi. Or, le préjudice était bien subi en France, car la défenderesse y avait employé sans droit la marque « Cristal ». Quant à la nature passive du site de celle-ci, elle n'était pas pertinente. Au contraire, la Cour répondit que le 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 [...] ».

550. Par ces termes, la Cour de Cassation confirma l'emploi de l'accessibilité comme critère unique et suffisant. Pour fonder la compétence, il suffisait qu'un site web soit accessible sur le sol français, indépendamment de toute autre considération. La langue du site, ses possibilités de contact, et tout autre aspect factuel qualifiant sa portée voulue pour le défendeur, étaient indifférents.⁵³³ Cette réflexion est identique à celle de la première interprétation dégagée des ordonnances *Yahoo !*, et à celle trouvée dans les arrêts *Gutnick* et *Lewis v. King*.⁵³⁴

⁵³² Le litige ayant eu lieu avant l'entre en vigueur du règlement Bruxelles I, et impliquant une partie espagnole, la Cour fonda plus précisément sa décision sur l'article 5.3 de la Convention de San Sebastian du 26 Mai 1989, qui a rallié l'Espagne au système européen de compétence. Cette distinction ne modifie en rien les considérations de la Cour.

⁵³³ OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt *Castellblanch c. Roederer*, *op. cit.*, p. 636-638; CHRISTOPHE CARON, Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, p. 26-27; CYRIL CHABERT, La distinction entre site passif et site actif à l'épreuve des conflits de juridictions, *op. cit.*, p. 685, ANDRÉ HUET, Note sur l'arrêt *Castellblanch c. Roederer*, *op. cit.*, p. 875-876, LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, par. 46.

⁵³⁴ Pour une présentation de cette tendance et des arguments la sous-tendant, voir *supra* p. 59ss.

C) *Affaiblissement subséquent du critère*

551. Suite à cet arrêt, la Cour de Cassation confirma à plusieurs reprises l'emploi du critère de l'accessibilité. Elle le fit de façon cohérente, en acceptant la compétence à chaque fois qu'un site était accessible au sein de la juridiction française.⁵³⁵ Mais deux éléments trouvés dans cette jurisprudence trahissent une réticence à l'appliquer tel quel. Le premier est son adjonction d'une analyse du type *targeting*, non pas portée au niveau de la compétence, mais sur le fond du litige. Le second est la récente dissidence de sa chambre commerciale. Celle-ci vient en effet, et en de termes un peu voilés, d'abandonner ce critère pour adopter une forme de *targeting*. Ces deux éléments, exposés en détail ci-dessous, exposent la précarité juridique actuelle de cette jurisprudence *Castellblanch*.

1) *La jurisprudence Boss : le fond au secours du DIP ?*

552. Malgré son emploi du critère de l'accessibilité, la Cour de Cassation ne s'est pas pour autant montrée comme entièrement inconsciente des spécificités du mode de publication du réseau. Elle est cependant de l'avis que l'analyse sur la compétence internationale n'est pas une étape juridique appropriée pour traiter de ce problème. Pour elle, c'est le fond qui devrait résoudre cette question.

553. Dans un arrêt *Hugo Boss*,⁵³⁶ postérieur à *Castellblanch*, sa chambre commerciale introduisit à cet effet une variation du *targeting test*, mais intervenant au moment de la qualification du dommage au fond de l'affaire.

554. En l'espèce, face à des faits quasi identiques à ceux de *Castellblanch*, elle accepta sa compétence à l'encontre d'un site étranger, car il était accessible depuis la France. Mais elle rejeta par la suite l'affaire sur le fond, en argumentant que ce site ne s'adressait pas à un public français et que le dommage causé n'était pas suffisant pour donner lieu à réparation.

555. Cet arrêt traduit l'idée de déterminer, au niveau du fond, si un site étranger vise le for de façon suffisante pour créer un dommage capable de permettre à la demande d'aboutir. De cette façon, la large attribution de compétence pratiquée par les cours françaises serait tempérée dans un second temps par ce *targeting test*

⁵³⁵ *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, 20.03.07, Soc. HSM Schuhmarketing c. Soc. Gep Industries, JurisData num. 2007-038233; *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, 10.07.07, Buttress BV c. L'Oreal produits de Luxe France S.N.C, Juris-Data num. 2007-040140; *Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, 25.03.09, Sté Saint-Tropez A/S c. SA Reuven's II, Juris-Data num. 2009-047543. Doutant de la cohérence de l'application de ce critère, voir MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique, Comm. com. électr. (Jan. 2010), chron. 1, spec. p. 17-18 (fait état d'un possible relâchement de la chambre civile au travers du troisième arrêt cité. Celui-ci intervenant dans le domaine très spécifique du « trap purchase » en matière de contrefaçon, il est difficile, selon l'auteur, d'en tirer des conclusions à long terme.).

⁵³⁶ *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, 11.01.05, Société Hugo Boss c. Société Reemstma Cigarettenfabriken GmbH, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=652>> (dernière visite le 10.06.12).

effectué sur le fond. On parle alors d'un test en deux temps, ou en diptyque.⁵³⁷ Une partie de la doctrine française s'est montrée favorable à cette conception, estimant qu'elle permet de décourager les demandes abusives tout en préservant un accès rapide et garanti à la justice française.⁵³⁸ Pour deux raisons, nous ne rejoignons pas cette opinion.

556. Premièrement, des arguments de logique et d'économie de procédure nous amènent à la rejeter. Imaginons un cas *de forum shopping* évident, où le litige n'aurait aucun lien avec la juridiction saisie par le demandeur. Pourquoi entrer en matière, et lancer l'essentiel de la procédure judiciaire, si l'on va finalement rejeter la demande sur le fond via ce *targeting test* tardif ? Il nous semble contre-productif et encombrant de ne pas traiter directement de ces aspects dès l'examen de la compétence.⁵³⁹

557. Deuxièmement, cette approche en deux temps nous apparaît comme théoriquement instable. Il n'est même pas certain qu'elle puisse être considérée comme une solution découlant des questions du fond : au final, tout ce qu'elle fait est accoler au fond du litige une discussion fondée sur le *targeting test*. Pourtant, celui-ci est, de par sa nature, intimement liée à la problématique de la localisation internationale d'un acte illicite complexe perpétré via Internet, et au rapport entre la territorialité du droit international privé et l'ubiquité du réseau. Si le *targeting test* a été formulé, c'est pour tenter d'augmenter la prévisibilité des fors compétents ainsi que des droits applicables à un site. A contrario, il n'a pas pour vocation de déterminer l'étendue des dommages subis lors de l'examen du fond. On ne voit donc pas ce que ce glissement vers le fond apporte à la matière, si ce n'est une confusion entre les buts du droit international privé et ceux des règles du fond.⁵⁴⁰

558. Pour ces raisons, nous rejetons ici catégoriquement l'approche *Boss* de la Cour de Cassation, et ne la considérerons pas pas dans notre partie analytique. Au-delà de cette conclusion, il est intéressant de constater, avec le recul, que c'est la chambre commerciale de la Cour de Cassation qui a employé ce moyen détourné pour assouplir son attitude face au réseau. Peut-être que sa récente dissidence, rapportée ci-dessous, n'est qu'un prolongement de ce premier fléchissement ?

⁵³⁷ CHRISTOPHE CARON, Contrefaçon ou concurrence déloyale réalisée sur un site Internet étranger : recherche solutions claires désespérément !, *Comm. com. électr.* (Oct. 2007), p. 39ss, spec. p. 42; CYRIL CHABERT, Site passif et site actif : la distinction s'affermir devant la Cour de Paris, *JCP G* 20-21 (2007), p. 32ss, spec. p. 34; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, par. 46; EDOUARD TREPOZ, Note sur les arrêts Gep et l'Oreal, *Rev. Crit. DIP* 97 (2) (2008), p. 322ss, spec. p. 328-329.

⁵³⁸ CHRISTOPHE CARON, Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, p. 27; CYRIL CHABERT, Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet, *JCP G* 44 (2008), p. 38ss, spec. p. 35; ANDRÉ HUET, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p. 875-876 et 878.

⁵³⁹ LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, par. 47.

⁵⁴⁰ Pour des critiques détaillées de cet aspect de cette approche en diptyque, voir EDOUARD TREPOZ, Note sur les arrêts Gep et l'Oreal, *op. cit.*, p. 330-337; ainsi que MARIE-ÉLODIE ANCEL, Concurrence déloyale sur Internet : la compétence juridictionnelle perd pied, *JCP G* 20 (2007), p. 29ss, spec. p. 31.

2) Une Cour scindée en deux : la dissidence de la chambre commerciale

559. Récemment, l'application du critère de l'accessibilité a été remise en cause par la chambre commerciale de la Cour de Cassation qui s'est fermement opposée à la jurisprudence *Castellblanch* de sa chambre civile. Cette dissension s'est fait en deux temps : d'abord, de façon implicite dans un arrêt *Delticom c. Pneus Online*, et ensuite plus ouvertement dans l'arrêt *Google c. Vuitton*.⁵⁴¹

560. Dans *Delticom c. Pneus Online*,⁵⁴² rendu le 9 Mars 2010, il était question d'actes de concurrence déloyale, menés par une société allemande au détriment d'une société suisse. La défenderesse avait créé une série de sites publicitaires placés sur des noms de domaines presque identiques à celui employé par le site officiel de la demanderesse. Ceux-ci n'étaient guère plus que des portails qui renvoyaient l'internaute sur son propre site officiel.⁵⁴³ Estimant cette pratique parasitaire, la société suisse intenta action devant les tribunaux lyonnais.

561. S'agissant d'un cas tombant dans le champ d'application du règlement Bruxelles I, les cours inférieures appliquèrent l'article 5.3 et arrivèrent à la conclusion que leur compétence était donnée du seul fait de la disponibilité de leurs sites sur le territoire français. Delticom fit appel devant la Cour de Cassation, et argumenta que l'exercice de la compétence à son encontre était exorbitante. Selon elle, il fallait une preuve directe que la présence de ces sites avait créé une atteinte déloyale en France, ou tout du moins démontrer qu'ils avaient un lien direct avec le lieu du for.⁵⁴⁴

562. La chambre commerciale rejeta ces arguments, et rappela qu'un dommage suffisant était créé par l'unique disponibilité des sites en France. Mais sa formulation de ce critère prit étrangement en compte plusieurs éléments qui firent écho au test du *targeting* :

« [...] attendu que l'arrêt constate par motifs propres et adoptés que pendant plusieurs mois au cours des années 2002 et 2003 les pages d'accueil des sites incriminés étaient rédigées en français et étaient destinées à la clientèle francophone, notamment française ; qu'il relève encore l'existence d'une rubrique de commentaire de satisfaction de la clientèle française et constate que les produits en cause font l'objet de remarques de satisfaction des clients internautes ; qu'il retient en outre que la société Delticom a rédigé les pages d'accueil en langue allemande tout en ménageant à la clientèle française un accès très aisé au site 123pneus.com, qui est son site officiel en France ; qu'en l'état

⁵⁴¹ Pour un compte-rendu de cette progression, voir MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique, Comm. com. électr. (Jan. 2011), chron. 1. Pour un autre exemple jurisprudentiel récent mais non traité dans notre texte, voir *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, 23.11.10, SA Axa c. SARL Google France, JurisData num. 2010-022143, commenté par CHRISTOPHE CARON, Liens commerciaux et règles de compétence dans le contentieux international, Comm. com. électr. (Fev. 2011), p.27ss.

⁵⁴² *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, 09.03.10, Delticom c. Pneus Online Suisse, <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2948> (dernière visite le 20.06.12).

⁵⁴³ Le site officiel de Pneu Online Suisse se trouvait à l'adresse « pneu-online.com.com », et Delticom avait réservé « pneu-online.com » et « pneuonline.com ». Son site officiel était « 123pneus.com ».

⁵⁴⁴ *Delticom c. Pneus Online Suisse*, premier moyen, par. 1 et 3.

de ces constatations, la cour d'appel, qui n'a pas dénature les conclusions des parties, a fait ressortir, tant l'accessibilité à ces sites pour les internautes français que la disponibilité en France des produits litigieux »⁵⁴⁵

563. Bien que raisonnant en termes d'accessibilité, la chambre commerciale laissa apparaître quelques éléments de positionnement comme la langue, la facilité pour le public du lieu du for d'accéder aux sites litigieux et la possibilité pour eux d'entrer en contact avec leur exploitant. Ces éléments, s'ils ne créent pas un *targeting test* déguisé, traduisent en tout cas d'un glissement vers un critère qualifié de l'accessibilité, prenant en compte plus d'éléments que l'approche vue dans *Castellblanch*.

564. Ce premier pas, encore quelque peu ambigu, fut confirmé dans l'arrêt *Google c. Vuitton*,⁵⁴⁶ rendu le 13 juillet 2010. Dans cette affaire, la société Vuitton attaqua le géant informatique Google au motif que son service publicitaire, permettant à des annonceurs d'apparaître en tête des recherches moyennant rémunération, permettait à des sociétés tierces d'employer sans droit des mots clés de recherche appartenant à la marque. A nouveau, la question de la compétence fut réglée devant les cours inférieures par la simple disponibilité du site Google en France. Relevons que, cette fois-ci, il s'agissait d'une dispute extra-européenne, régie par le CPC.

565. Sur appel, la chambre commerciale s'attaque de front à la décision inférieure et estima « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les annonces litigieuses étaient destinées au public de France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cette fois-ci, elle rejeta directement le critère de l'accessibilité. Elle ne donna cependant pas plus de détails sur le test qui aurait dû y être substitué.

D) Conclusion : Un critère voué à la disparition ?

566. A notre avis, la jurisprudence *Castellblanch* de la Cour de Cassation, ainsi que le critère de l'accessibilité y associé risque fort de disparaître dans un futur proche. Il n'y a guère plus que la chambre civile elle-même qui plaide en sa faveur. A l'heure où ces lignes sont écrites, cette situation conserve deux inconnues : la réaction de cette chambre à cette dissension interne, et les contours précis du test préconisé par la chambre commerciale. Rejoindra-il celui de la Cour d'Appel de Paris, que nous étudions dans le chapitre suivant ? L'actualité française reste donc à suivre.

567. Cette évolution timide contraste avec celle de la Cour d'Appel de Paris, qui a elle catégoriquement adopté un *targeting test* juridictionnel. C'est ce dernier, ainsi que les critères y afférant, que nous nous proposons maintenant de présenter.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, premier moyen, par. 3.

⁵⁴⁶ *Cour de Cassation, Chambre Commerciale*, 13.07.12, soc. Google c. soc. Louis Vuitton Malletier, <http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/arrets_publics_2986/chambre_commerciale_financier_e_economique_3172/2010_3324/juillet_3606/862_13_17042.html> (dernière visite le 20.06.12).

§ V. Le targeting test de la Cour d'Appel de Paris

A) Origines

568. Lors de l'arrivée d'Internet au sein de la réflexion sur la compétence en France, c'est le critère traditionnel de l'accessibilité qui fut naturellement privilégié par les tribunaux. Mais ce critère ne fit pas l'unanimité parmi les auteurs. Certains, inspirés des développements américains, s'élevèrent contre son emploi : ils estimèrent qu'il était inadéquat car il pouvait mener les juges français à se déclarer universellement compétents à l'encontre de tout site présent sur Internet. A leur sens, il fallait trouver un critère supplémentaire afin de pouvoir traiter convenablement de ces questions.⁵⁴⁷ Ce type d'arguments trouva écho chez certains juges. Ainsi, dans une première vague jurisprudentielle – quoique largement minoritaire -- on trouva déjà une forme embryonnaire du *targeting test*.

569. Dans un arrêt *Les Jolies Céramiques*,⁵⁴⁸ daté de 2003, la Cour d'Appel d'Orléans estima que la disponibilité en France d'un site proposant l'adresse et le numéro de téléphone d'une société anglaise de céramiques n'était pas suffisante pour conclure à sa présence sur le territoire français pour y retenir les effets d'une concurrence déloyale. Cela, d'autant plus que le site en question n'était pas celui de la société défenderesse, mais d'un annuaire des entreprises de ce secteur en Angleterre. Ce faisant, elle rejeta l'exercice de sa compétence.

570. Similairement, la 3^{ème} Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris se montra soucieuse de prendre en compte certains aspects de l'activité des sites web étrangers, et ce dans le cadre de deux affaires portant sur la contrefaçon de marques. C'est principalement le critère de la langue qui l'intéressa : dans un arrêt *Intermind*,⁵⁴⁹ elle justifia sa compétence vis-à-vis d'un site Internet étranger par le fait que celui-ci était rédigé en français, et donc visait une clientèle francophone. Dans un autre arrêt *MultiMedia*,⁵⁵⁰ elle développa à *contrario* que la simple accessibilité d'un site rédigé en allemand et en anglais n'était pas propre à créer un lien suffisant pour justifier la compétence française.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ MARIE-ÉLODIE ANCEL, Concurrence déloyale sur Internet : la compétence juridictionnelle perd pied, *op. cit.*, p. 31; OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p. 639-643; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, pars. 43 et 47. Dans le sens contraire, voir ANDRÉ HUET, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p. 876-878 (mentionne ce débat pour finalement se ranger du côté du critère de l'accessibilité).

⁵⁴⁸ *Cour d'Appel d'Orléans, Chambre Commerciale*, 06.05.03, SA Les Jolies Céramiques sans kaolin c. Soc. Mridul Entreprises, JDI 1 (2004), p. 193.

⁵⁴⁹ *Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre*, 11.02.03, SARL Intermind c. SARL Infratest Burke, Juris-data num. 2003-222986.

⁵⁵⁰ *Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre*, 11.03.03, SA BD Multi Media c. Hornig, Juris-data num. 2003-222875.

⁵⁵¹ Critique de ces efforts, voir JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, Observations sur les arrêts Intermind et Multi Media, JDI 2 (2004), p. 491ss, spec. 496-498 (estime que cette approche, bien qu'intéressante, n'est pas conforme à l'art. 5.3 de la Convention de Bruxelles qui était applicable dans les cas d'espèce).

571. Très tôt, donc, quelques juges français eurent le réflexe de prendre en compte des éléments allant au-delà de l'unique accessibilité d'un site web. Mais, à l'époque de ces arrêts, soit vers 2003, ces efforts étaient encore ponctuels, et isolés. L'arrivée de la jurisprudence *Castellblanch*, qui promulgua l'accessibilité comme seul critère d'analyse, allait de plus freiner les efforts jurisprudentiels allant dans cette direction.

572. Il fallut attendre un arrêt *Normalu*, rendu en 2006 par la Cour d'Appel de Paris, pour que le *targeting test* prenne une fois pour toute une place importante dans le paysage juridictionnel français. Après une description de cet arrêt et de son impact, nous nous pencherons plus précisément sur les critères retenus par cette jurisprudence pour juger de l'activité d'un site web.

B) *L'arrêt Normalu*⁵⁵²

573. La configuration des faits de cette affaire est dans l'essentiel identique à celle de l'arrêt *Castellblanch*. On y voit une société française, nommée Normalu, attaquer une entreprise étrangère, cette fois située au Liban, sur la base d'une atteinte commise via Internet à l'une de ses marques enregistrées en France. Le site attaqué ne s'adressait qu'à la clientèle locale libanaise, et n'était pas destiné au public français.

574. La société défenderesse étant située en dehors de l'Union Européenne, c'est l'article 46 du CPC qui régissait la question de la compétence. Et alors qu'elle aurait pu employer le critère de l'accessibilité également appliqué dans ce cadre légal, la Cour d'Appel de Paris adopta une attitude plus mesurée. Dans un passage de son jugement, elle statua que « *sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont eu pour support technique le réseau internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, pour chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué* ».

575. L'accessibilité simple ne suffisait donc plus pour justifier à elle-même la compétence française. Cela, dans le souci d'éviter une compétence universelle française sur tous les actes commis via le réseau. Le nouveau critère devait être celui d'un lien « *suffisant, substantiel ou significatif* » entre d'une part, le contenu du site, et de l'autre, l'atteinte alléguée en France. On retrouve derrière cette notion une transposition française des préoccupations tapies derrière le *targeting test* américain.

576. Pour mesurer l'existence d'un tel lien en l'espèce, la Cour d'Appel de Paris s'aïda de deux indices factuels : elle releva que le site était en anglais et qu'il n'offrait aucun service de vente aux clients français. A cet effet, la société demanderesse n'avait pas pu prouver que la société libanaise avait conduit une quelconque activité commerciale en France. La cour conclut que la simple reproduction d'une marque sur un site accessible en France n'était pas suffisante pour justifier la compétence, et rejeta la demande.

⁵⁵² Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre A, 26.04.06, SA Normalu c. SARL Acet, Juris-Data num. 2006-302856.

577. Cet arrêt *Normalu* eut un grand impact sur la jurisprudence française, et sa formulation d'un « *lien suffisant, substantiel ou significatif* » fut reprise par d'autres cours françaises qui la déclinerent dans d'autres contextes juridiques. La Cour d'Appel de Paris elle-même se fit le chantre de cette nouvelle vague juridictionnelle, et en précisa les contours au cours d'une abondante jurisprudence.⁵⁵³ Dans la partie suivante, nous décortiquerons cette pratique de façon détaillée, afin d'y trouver des éléments pouvant nous aider lors de notre recherche de solutions.

§ VI. Contours et critères du *targeting test* français : l'analyse du lien essentiel au travers de la jurisprudence

578. L'expérience française du critère du lien substantiel nous sera d'une aide précieuse. Quoique dans des domaines divers comme les atteintes aux droits des marques, la concurrence déloyale, ou les paris en ligne, les tribunaux ont pu se façonner une jurisprudence dense et intéressante. Plusieurs critères d'analyse se retrouvent de façon cohérente, tels des réflexes, au fil des arrêts. Nous allons présenter cette jurisprudence de façon analytique, avec comme objectif d'identifier les éléments structurant la pratique française du *targeting test* à la sauce française.

579. Ce panorama jurisprudentiel se fera en deux temps. Premièrement, nous identifierons quels sont les caractéristiques structurelles d'un site Internet qui retiennent l'attention du juge français, comme par exemple la langue ou encore le référencement. Ces indices factuels identifiés, nous les placerons ensuite dans une analyse plus générale des tenants et des aboutissants du *targeting test* français. Nous verrons que celui-ci s'oriente assez fortement vers une évaluation de l'impact économique que peut avoir un site sur la juridiction française. Nous soulignerons à cet effet les dangers inhérents d'une telle évaluation, et mettrons en évidence les limites de cette conception, qui se révèlent dès que les faits s'éloignent du milieu commercial.

A) *Caractéristiques structurelles du site*

1) *La langue*

580. La langue du site Internet, tout d'abord, semble être un élément important dans cette lignée jurisprudentielle. Déjà, dans les arrêts *Intermind*, *MultiMedia*, et *Normalu*, nous avons vu qu'elle était un critère déterminant pour situer la portée d'un site

⁵⁵³ En plus des arrêts cités dans la section ci-dessous, nous vous invitons à consulter les chroniques annuelles du professeur ANCEL qui retracent de façon précise le cheminement jurisprudentiel français en la matière, et qui aidèrent grandement à l'élaboration de ce compte-rendu. Pour la plus récente, voir MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique, *Comm. com. électr.* (Jan. 2011), *chron.* 1

étranger.⁵⁵⁴ La jurisprudence plus récente confirme l'importance dans ce critère, quoique dans une moindre mesure.

581. La plupart du temps, la langue française n'est pas à elle seule déterminante de l'existence de ce lien suffisant. Mais son emploi reste un indice important aux yeux des juges français. Un site rédigé en français aura en pratique de grandes chances de se voir considéré comme s'adressant à un public français.⁵⁵⁵

582. A l'inverse, le fait qu'un site soit rédigé dans une langue étrangère ne présume pas pour autant de l'incompétence du juge français. Lorsque cela est le cas, les cours ont tendance à également considérer d'autres critères structurels afin de vérifier si, en l'espèce, le site ne s'adresse pas malgré tout à un public français.⁵⁵⁶ Ce mécanisme se retrouve dans deux arrêts de la Cour d'Appel de Paris.

583. Dans un arrêt *Vallourec*, qui portait sur le droit des marques, elle employa une analyse contextuelle pour se défaire de l'argument fondé sur la langue étrangère d'un site. En l'espèce, deux sociétés danoises avaient reproduit sans droit sur leur site Internet, rédigé en danois et en anglais, une marque enregistrée par une société française. N'étant pas rédigé en français, il aurait été possible de conclure qu'il ne s'adressait pas aux internautes de France. Mais la cour fit une analyse poussée du contexte entourant le contenu du site : elle releva qu'il concernait le domaine scientifique de la pétrochimie dont la langue commune internationale était l'anglais. Il pouvait donc très bien s'adresser à un pan de la communauté scientifique française et ainsi entretenir un lien suffisant avec cette juridiction.⁵⁵⁷

584. Un autre exemple de cette approche se retrouve dans l'arrêt *Real Madrid* dans lequel un site de paris en ligne étranger avait atteint à la personnalité des joueurs du club de football éponyme. Le fait que le site en question n'était pas rédigé en français ne fut pas considéré en lui-même comme déterminant de son positionnement. Par contre, il en restait un indice important. Ce n'est que couplé aux fait que le site ne permettait de miser que sur peu de matchs français et que sa clientèle française était quasi inexistante qu'il permit à la cour de conclure qu'il ne visait pas la France.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Voir *supra* p. 160ss.

⁵⁵⁵ Pour d'autres arrêts où la langue française du site a été déterminante, v. p. ex. *Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre, 2^{ème} Section*, 14.12.07, *Kenzo c. Ebay Inc.*, <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2121> (dernière visite le 20.06.12); *Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre, Section B*, 22.05.09, *eBay Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, *Juris-Data num.* 2009-378872. Voir aussi CYRIL CHABERT, *Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁵⁶ CYRIL CHABERT, *précit.*

⁵⁵⁷ *Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, Section A*, *SAS Valourec Mannesmann Oil Gas France c. Sté Rurexpol Spolka Zo.o*, *Juris-Data num.* 2008-355074. Voir également MARIE-ÉLODIE ANCEL, *Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique* (2010), *op. cit.*, p. 18, CYRIL CHABERT, *Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁵⁸ *Cour d'Appel de Paris, 11^{ème} Chambre, Section B*, 14.02.08, *Unibet Ltd. c. Assoc. Real Madrid*, <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2815> (dernière visite le 20.06.12). Pour une décision similaire de la même cour, voir *Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} Chambre, Section D*, 18.06.08, *SPRL*

2) Le référencement

585. Par référencement, nous entendons ici la capacité pour l'exploitant d'un site Internet de le faire connaître par le biais de moteurs de recherche tels que Google, Yahoo ! ou Altavista.⁵⁵⁹ La jurisprudence française attache une certaine importance à cet élément, quoique dans un contexte spécifique à certains type d'atteintes illicites.

586. On retrouve ce critère dans deux arrêts très similaires, soit l'arrêt *Kenzo* du Tribunal de Grande Instance de Paris, et l'arrêt *Vuitton-Malletier* de la Cour d'Appel de la même ville. Les deux affaires portaient sur la présence, dans la version américaine du site eBay, de produits contrefaits de marques de luxe. Il était également question de l'emploi sans droit, par la société défenderesse, des noms de ces deux marques en tant que mots-clés de recherche pour assurer la promotion de son site.

587. Entre d'autres arguments, les cours s'attardèrent sur le fait qu'une recherche du nom de ces marques de luxe sur les moteurs de recherches destinés au public français permettait d'accéder directement au site américain d'eBay ainsi qu'aux ventes litigieuses. Cela prouvait que ce site, via ses mots-clés, exerçait une promotion indirecte à l'égard du public français et qu'il pouvait être facilement trouvé par ce dernier.⁵⁶⁰

588. S'agissant de disputes portant sur des mots-clés de référencement, le recours à ce critère semble naturel. Mais est-ce qu'une telle réflexion sur les moteurs de recherche pourrait être employée, par exemple, face à une action en diffamation ? Si, par exemple, on entre le nom d'une personnalité dans un moteur de recherche local, et qu'un site diffamatoire s'affiche comme premier résultat, cela pourrait être un indice fort du positionnement de ce dernier. L'idée est intéressante, et nous y reviendrons au cours de notre partie analytique sur le *targeting test*.⁵⁶¹

3) Choix du Top Level Domain

589. Pour mémoire, le Top Level Domain est la dernière partie d'une adresse URL, et, lorsqu'il s'agit d'un ccTLD, il peut quelquefois témoigner d'une certaine réalité géographique. Par exemple, on peut considérer qu'un site dont l'adresse se terminant en .fr s'adresse principalement à un public français, un site en .ch à un public suisse,

Digital c. SAS L'île des Medias, Juris-Data num. 2008-36902. Voir enfin MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique, Comm. com. électr. (Jan. 2009), chron. 1, spec. p. 19.

⁵⁵⁹ Pour une description de ces services, voir *supra* p. 53.

⁵⁶⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre, 2^{ème} Section, 14.12.07, *Kenzo c. Ebay Inc.*, <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2121> (dernière visite le 20.06.12); Cour d'appel de Paris, 4^{ème} Chambre, Section B, 22.05.09, *eBay Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, Juris-Data : 2009-378872. Voir également MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique (2010), *op. cit.*, p. 18.

⁵⁶¹ Voir *infra* p. 300ss.

et un site en .co.uk à un public anglais.⁵⁶² Ce critère semble avoir un certain poids dans l'analyse de la Cour d'Appel de Paris et on le retrouve dans deux arrêts de 2007.

590. Dans un premier arrêt *Axa c. Google*,⁵⁶³ la dispute portait sur la présence, sur les moteurs de recherche google.de, google.co.uk et google.ca, de liens publicitaires qui utilisaient sans droit le nom de la société Axa afin de mener l'internaute sur les sites de sociétés concurrentes. Ils n'apparaissent cependant pas sur google.fr, le portail français de la firme. Cela mena la cour à souligner que les trois sites en question s'adressaient respectivement aux publics allemands, anglais et canadiens, et que le public français était implicitement exclu de l'accès à ces liens. Elle en conclut que la France n'était pas visée, et qu'en conséquence, la compétence française n'était pas justifiée à l'égard de la défenderesse étrangère.

591. Une réflexion identique apparut dans son arrêt *Cosse c. Ebay*,⁵⁶⁴ où la représentation sans droit d'une œuvre sur le site ebay.ca ne fut pas suffisante pour fonder la compétence française. En plus d'autres éléments du site, tels que la monnaie et la langue, la cour souligna que la terminaison en .ca montrait une volonté de toucher un public canadien, ou en tout cas anglo-saxon, et non français.

592. Cette distinction ne vaut que pour les ccTLD, à valeur géographique, et non les gTLD, qui ne font qu'identifier un type de service. Les TLD en .com identifient des entreprises, celles en .edu des établissements scolaires ou informatifs, ou celles en .net n'ont pas de vraie identification. Ils ne désignent aucunement une zone géographique précise.⁵⁶⁵ Ce constat se retrouve dans l'arrêt de 2009, *eBay c. Vuitton*,⁵⁶⁶ que nous avons déjà mentionné plus haut. Dans celui-ci, rappelons qu'il était question de l'emploi sans droit par le site eBay.com de mots-clés relatifs à cette marque de luxe pour la promotion de ses services, et dont les liens pouvaient mener à des contrefaçons. La défenderesse tenta d'argumenter que son site se terminait en .com, qui était une terminaison à connotation américaine. Il ne s'adressait donc pas au public français. En vain : la cour considéra que le .com constituait « *un TLD générique qui n'est pas réservé à un territoire déterminé mais désigne, notamment, les entités commerciales pour tous publics* ». Cette généralité de la terminaison, couplée au fait que le site s'affichait en français et proposait des ventes en euros s'il était consulté par un internaute français, lui permit de retenir la présence d'un lien suffisant pour justifier la compétence.

⁵⁶² Voir *supra* p. 23ss.

⁵⁶³ *Cour d'Appel de Paris, 4ème Chambre, Section A*, 06.06.07, sté Google Inc. c. SA Axa, Juris-Data num. 2007-338708.

⁵⁶⁴ *Cour d'Appel de Paris, 4ème Chambre, Section B*, 09.11.07, *Cosse c. Sté eBay Inc*, D. 1 (2008), p. 8.

⁵⁶⁵ Voir *supra* p. 26.

⁵⁶⁶ *Cour d'appel de Paris, 4ème Chambre, Section B*, 22.05.09, *eBay Inc. c. Louis Vuitton Malletier*, Juris-Data : 2009-378872.

593. Il nous apparaît dès lors que le ccTLD peut être un indice probant dans l'appréciation du lien substantiel dans la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris. Le gTLD, en revanche, n'a pas d'importance.⁵⁶⁷

B. Examen de la portée géographique voulue par l'exploitant d'un site Internet

594. Ces quelques indices factuels étant présentés, nous pouvons passer au cœur du test du lien substantiel. Celui-ci se présente comme un examen de l'attitude générale de l'exploitant du site web. Son but est de déterminer, à l'aide des indices précités et d'une interprétation contextuelle des faits, s'il a véritablement visé la juridiction saisie. Les caractéristiques majeures de la version française de ce test que nous mettrons en exergue ici sont un fort accent mis sur l'aspect commercial de l'impact d'un site et une prise en compte inégale de l'intention de son exploitant.

595. Nous toucherons enfin quelques mots sur la maigre jurisprudence entourant les sites non commerciaux, qui sont particulièrement rattachés à notre problématique. Nous montrerons que l'approche française à ce sujet est encore peu développée et insatisfaisante.

1) Sites commerciaux : l'étalon de l'impact économique

596. Comme les exemples exposés ci-dessus le reflètent, les domaines qui ont permis à cette jurisprudence de s'étoffer relèvent toutes du domaine commercial : usage sans droit de marques, liens sponsorisés, vente de contrefaçons, paris en lignes, etc.... Dans ce contexte, l'analyse de test français s'est développée de façon à tourner autour d'une unique question centrale, qui est la portée de l'activité commerciale du site porteur de l'atteinte.

597. Malheureusement, la jurisprudence française ne s'est pas développée de façon très cohérente vis-à-vis de cette notion pivot. Autant certains arrêts recherchent un impact objectif déduit de la structure du site analysé, autant d'autres s'aventurent sur le terrain de la subjectivité et tentent de déceler une volonté commerciale de la part de son exploitant.

598. Comme exemple de la première tendance, nous retrouvons l'affaire *Unibet c. Real Madrid*, portant sur les paris en ligne. Dans celle-ci le Tribunal de Grande Instance de Paris avait considéré deux éléments comme déterminants : le fait que le site étranger ne permette de placer des paris que sur un nombre restreint de matchs français, et le fait que sa clientèle ne contienne que très peu de visiteurs français. Ces deux éléments l'amènèrent à conclure que celui-ci ne s'adressait que de façon

⁵⁶⁷ *Contra* : MARIE-ÉLODIE ANCEL, Liens sponsorisés : pour une compétence raisonnée des tribunaux français, *op. cit.*, p. 11 (compare l'arrêt *Axa c. Google* à un précédent arrêt *Vuitton* qui ne prenait pas en compte la terminaison de l'URL. Elle conclut que le résultat dans *Axa* fut fortement influencé par la pauvreté des arguments de la société demanderesse, et ne doit pas être interprété comme une prise en compte du code pays en matière de liens sponsorisés).

marginale au public français. Ou en tout cas, pas de façon suffisante pour retenir un lien substantiel entre le défendeur et la France.⁵⁶⁸

599. L'impact économique objectif fut également l'argument clé dans l'affaire *Kenzo*, l'affaire de mots-clés déjà entrevue ci-dessus.⁵⁶⁹ A l'aide de l'indice du référencement, le Tribunal de Grande Instance de Paris retint qu'une recherche Google des marques de luxe effectuée depuis la France pouvait afficher des résultats menant frauduleusement l'internaute vers le site eBay. Cette méthode induite de publicité avait donc bien une influence sur les internautes français qui avaient le potentiel de constituer un revenu pour la société défenderesse. L'impact économique était donc prévisible, et la cour conclut à la présence d'un lien suffisant pour remplir les exigences du *targeting test*.⁵⁷⁰

600. Contrastant avec cette tendance, d'autres arrêts vont plus loin et cherchent dans l'intention de leur exploitant la volonté de créer cet impact économique. Cette intentionnalité est alors érigée en critère *sine qua non* de l'exercice de la compétence au-delà du risque objectif de la survenance de cet impact. Ce type d'analyse contextuelle peut être très poussée, comme en témoignent deux exemples, l'un de la Cour d'Appel de Paris, l'autre de la Cour d'Appel de Versailles.

601. Dans l'arrêt *Valourec*, déjà abordé plus haut, il était question de la contrefaçon d'une marque française présente sur le site de deux sociétés polonaises du secteur pétrolier. Le site, bien que rédigé en anglais et en polonais, avait été malgré tout interprété par la cour comme s'adressant possiblement à un pan du public français composé d'experts du domaine concerné par les activités des firmes. Pour étayer cette affirmation, la cour parisienne se livra à un examen poussé de la nature de l'activité de ce site : elle releva notamment que les firmes destinaient leurs produits à un marché mondial, et que le site incriminé mentionnait des entreprises françaises comme partenaires commerciaux. Ce site désirait s'adresser aux professionnels du secteur situés en France, et avait le potentiel de produire un impact économique en ce lieu. Le lien était donc acquis.⁵⁷¹

602. Plus loin dans la subjectivité se trouve un arrêt *Sanofi-Aventis*, rendu à Versailles. Les faits appellent à une description un peu plus détaillée : en Juin 2007, la société danoise Novo Nordisk publia sur son site Internet un document PowerPoint intitulé « *stock exchange announcement* » qui vantait les mérites d'un de leurs nouveaux procédés biologiques. La supériorité avancée de leur produit fut, entre autres, soutenue par une comparaison directe avec celui de l'un de leurs concurrents, montré comme moins performant. L'une de ces sociétés concurrentes, dont le siège

⁵⁶⁸ *Cour d'Appel de Paris, 11^{ème} Chambre, Section B, 14.02.08, Unibet Ltd. c. Assoc. Real Madrid*, <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2815> (dernière visite le 20.06.2012).

⁵⁶⁹ Voir *supra* par. 164 .

⁵⁷⁰ *Ord. du Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre, 2^{ème} Section, 14.12.07, Kenzo c. Ebay Inc.* <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2121> (dernière visite le 20.06.12).

⁵⁷¹ Voir *Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, Section A, SAS Valourec Mannesmann Oil Gas France c. Sté Rurexpol Spolka Zo.o, Juris-Data num. 2008-355074*. Voir également MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique (2010), *op. cit.*, p. 18, CYRIL CHABERT, Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet, *op. cit.*, p. 40.

était à Versailles, intenta alors en ce lieu une action en dénigrement et en concurrence déloyale sur la base de cette comparaison disponible sur Internet.

603. En se posant la question du lien unissant ce site et la juridiction française, la cour se pencha de près sur l'activité de la société danoise et sur la nature commerciale de la communication Internet litigieuse. Au vu de son intitulé et de sa place dans la structure du site, la cour estima que la présentation PowerPoint mise en cause n'était pas une réclame destinée à des clients potentiels mais un rapport s'adressant uniquement aux investisseurs de la firme ainsi qu'aux autorités boursières. Elle en conclut que cette comparaison de produits ne devait pas être comprise en tant qu'une publicité susceptible d'avoir un impact dans le milieu des professionnels français du secteur.

604. Novo Nordisk n'étant pas cotée à la bourse de Paris, cette comparaison ne pouvait pas non plus s'adresser à un public d'investisseurs français. En somme, elle ne s'adressait à personne en France et il n'y avait pas de lien suffisant pour fonder la compétence. Selon la cour, ce résultat fut d'autant plus justifié que la publication de ce type de rapport était obligatoire selon les lois boursières danoises et américaines.⁵⁷²

605. On peut penser que ce résultat est peut-être trop généreux pour la société défenderesse : en effet, quelle que soit la destination du document en question, celui-ci était accessible et lisible par tout professionnel français du secteur.⁵⁷³

2) Sites non commerciaux : les dangers d'un examen trop porté sur l'intentionnalité

606. *Quid*, donc, des affaires qui n'interviennent pas dans un domaine strictement commercial ? Sans ce guide de l'impact économique, comment les cours françaises appliquent-elles le *targeting test* ? Un arrêt *Gazmuri* de 2009 de la Cour d'Appel de Paris sur le droit d'auteur semble nous montrer que ce volet de la matière n'est pas encore complètement maîtrisé par celle-ci.⁵⁷⁴

⁵⁷² *Cour d'appel de Versailles, 12ème chambre, 26 Cour d'appel de Versailles, 12ème chambre, 26.06.08, Sté Novo Nordisk c. Sté Sanofi-Aventis*.06.08, Sté Novo Nordisk c. Sté Sanofi-Aventis, <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=2847> (dernière visite le 20.06.12). Cet arrêt à donné lieu à un appel auprès de la Cour de Cassation qui le cassa au motif que la base légale était incorrecte. En effet, le tribunal de Versailles avait fondé sa décision sur l'art. 46 CPC, alors que, s'agissant d'une défenderesse danoise, elle aurait dû statuer sur l'art. 5.3 du règlement Bruxelles I, récemment applicable par un accord entre l'Union Européenne et ce pays. Obligée de revoir sa copie, la cour de Versailles traita à nouveau du litige et appliqua le même raisonnement que celui exposé ci-dessus, quoique en des termes plus feutrés. Voir *Cour de Cassation, première chambre civile, 06.01.10, Sanofi Aventis c. Novo Nordisk*, <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2833> (dernière visite le 20.06.12); et *Cour d'Appel de Versailles, 12ème chambre, 21.10.10, Novo Nordisk c. Sanofi Aventis*, num. 10/0303. Voir également MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique (2011), *op. cit.*, p. 18.

⁵⁷³ En ce sens, CYRIL CHABERT, Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁷⁴ *Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, 09.09.09, République du Chili c. Florence G.*, <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2730> (dernière visite le 20.06.12).

607. La dispute portait sur l'existence d'un site, entretenu par un musée étatique chilien, dont le contenu informatif était destiné à faire découvrir les artistes du pays. On y trouvait en particulier une page dédiée au peintre Herman Gazmuri, sur laquelle se trouvaient des photographies de certaines de ses toiles, ainsi qu'une courte biographie du personnage. Le site était entièrement rédigé en espagnol.

608. La veuve et la fille cadette du peintre, qui détenaient l'entier des droits d'auteur sur ses peintures et qui résidaient en France, attaquèrent la République du Chili devant les juridictions françaises pour contrefaçon et atteinte au droit moral d'auteur. Sur recours, la Cour d'Appel dut trancher sur la question de la compétence, et déterminer si le site chilien avait un lien suffisant avec le territoire français.

609. La cour estima que ce lien était présent sur la base des considérations suivantes :

« le site incriminé constitue (...) une source d'information sur les artistes chiliens depuis l'époque coloniale jusqu'à nos jours, qu'à ce titre, fut-il rédigé en langue espagnole et édité au Chili, il vise nécessairement tant le public des amateurs d'art ou des historiens d'art qui est, par essence, un public international, ouvert sur le monde et recherchant sa documentation au-delà des frontières, que quiconque étant intéressé soit par l'art pictural chilien en général soit par l'oeuvre de Hernan G. en particulier, sera amené peu important à cet égard sa nationalité ou son lieu de résidence, à consulter un site informatif hébergé au Chili ».

En d'autres termes, comme l'art est un sujet universel, un site qui en traite aura nécessairement une portée universelle et s'adressera tant au public français qu'au reste du monde.

610. Cette réponse de la Cour d'Appel de Paris nous semble défaire le but d'un *targeting test*, car, au final, elle accepte la compétence française sur la simple disponibilité du site Internet sur le territoire français. Cela traduit toute la difficulté de « situer » la portée d'un site purement informatif, car il n'y a pas d'activité économique, de revenu ou de flux monétaire aidant la réflexion du juge. Il est regrettable que la cour ne se soit pas ici aidée des critères techniques décelés dans sa jurisprudence, comme la langue, le code pays ou le référencement. Cela aurait en tout cas été préférable à cette vague généralisation du fonctionnement d'Internet, de l'art, et du public subjectivement visé par les auteurs du site.⁵⁷⁵

611. La difficulté d'appliquer ce test aux sites non commerciaux sera d'autant plus importante dans notre problématique de la diffamation, où des articles diffamatoires peuvent souvent être mis en ligne par des auteurs individuels agissant par le biais de blogs ou de sites personnels dénués de vocation commerciale. Cet arrêt Gazmuri nous met donc en garde contre une interprétation trop générale et trop subjective de la notion de destination d'un site.

⁵⁷⁵ Dans notre sens : MARIE-ÉLODIE ANCEL, Un An de Droit International Privé du Commerce Electronique (2010), *op. cit.*, p. 19 (l'auteur parle même d'une construction juridique de la psycho-sociologie de l'internaute).

§ VII. Conclusion : l'hésitation française en tant que source d'inspiration

612. Au cours de ce chapitre, nous avons mis l'accent sur une hésitation palpable au sein des juges français confrontés à la rencontre entre le droit international privé et Internet. Que ce soit dans *Yahoo !* ou dans la jurisprudence plus récente, nous avons identifié un certain malaise de leur part à lui appliquer *mutatis mutandis* les règles traditionnelles de compétence fondées sur l'accessibilité.

613. Cette hésitation entre accessibilité et *targeting* est encore d'actualité, même si la récente dissension de la chambre commerciale de la Cour de Cassation a bien l'air d'avoir porté un coup fatal au premier de ces critères. Devant ce tableau pour le moins complexe, certains auteurs français en étaient venus à espérer une réponse de la CJUE, qui puisse une fois pour toute régler cette division au sein des juges français.⁵⁷⁶ Cette réponse est désormais arrivée sous la forme de l'arrêt *eDate* de la Cour de Justice, qui privilégie l'approche de l'accessibilité.⁵⁷⁷ Est-ce donc la fin de l'innovation judiciaire française, et un retour forcé à la ligne de réflexion *Castellblanch* ? Le temps, et les arrêts futurs, nous le diront.

614. Au-delà de la mise à jour de cette hésitation, l'exemple français nous aura apporté plusieurs outils appréciables dans notre recherche. L'examen de *Yahoo !* nous aura tout d'abord permis d'aborder la question de la prise en compte judiciaire des dispositifs de géolocalisation dans le contexte judiciaire. Ensuite, la dualité actuelle des approches françaises nous aura permis tant de constater la lente érosion du critère de l'accessibilité, que d'identifier divers éléments pouvant former un *targeting test* cohérent.

Section III Droit applicable

§ I. Introduction

615. Si, en matière de compétence, Internet a amené les juges français à se soucier de l'ubiquité d'Internet, il n'en est pas de même pour le domaine des règles de détermination du droit applicable. De tous les arrêts mentionnés dans notre partie sur la compétence, aucun ne mentionne la sélection du droit applicable comme une étape importante de la réflexion, ou même n'entreprind d'adapter ce domaine à notre problématique.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁷⁷ Voir *infra* p. 194ss.

616. Ce chapitre aura pour but d'expliquer cet oubli méthodologique. Nous commencerons par une brève présentation des règles françaises de droit applicable, fondées sur la *lex loci delicti*. Nous montrerons ensuite pourquoi son interaction avec les règles de compétence mène à une application universelle de la *lex fori* qui vide le sujet de toute discussion possible.

§ II. Règles de base

617. La France étant membre de l'Union Européenne, ses règles de conflit de lois en matière extracontractuelle se trouvent dans le règlement Rome II.⁵⁷⁸ La diffamation étant toutefois exclue du champ d'application de ce document, les règles internes françaises s'y appliquent encore pleinement.⁵⁷⁹

618. La règle employée en France est celle de la *lex loci delicti*, soit la désignation de la loi du lieu du délit.⁵⁸⁰ Lorsque l'on se trouve en face d'un délit dit complexe, la Cour de Cassation a interprété cette règle comme désignant alternativement la loi du lieu du fait générateur ou celle du lieu du résultat.⁵⁸¹ Lorsque ces deux lieux sont dissociés, le tribunal compétent doit opter pour la loi de l'État qui a les liens les plus étroits avec la situation. Il ne s'agit donc pas d'une option laissée à l'appréciation du demandeur.⁵⁸²

§ III. Application de la *lex fori*

619. En l'absence de *leading case* impliquant Internet, nous fonderons nos réflexions sur les principes jurisprudentiels appliqués aux médias antérieurs. En matière de délits communicatifs, le juge français s'orientera sur la *lex fori*, sans grande discussion.

⁵⁷⁸ BERNARD AUDIT, Droit international privé, *op. cit.*, pars. 177-186

⁵⁷⁹ 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»), JOCE L 199/40, art. 1, par. 2, lit. g.

⁵⁸⁰ Art. 3, Code Civil (FR); *Cour de Cassation, Chambre Civile, Section Civile*, 25.05.48, Lautour c. Vve Guiraut, Rev. Crit. DIP 1 (1949), p. 89. Voir BERNARD AUDIT, Droit international privé, *op. cit.*, pars. 177-186; GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, in : PIERRE CATALA / PHILIPPE SIMLER (eds.), Jurisclasseur Civil Code, Art. 1370 à 1386, fasc. 10, 2002-2010, pars. 13-17; THIERRY VIGNAL, Droit international privé, *op. cit.*, pars. 346-358.

⁵⁸¹ *Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, 14.01.97, Soc. Gordon c. Association The American Institute of Physics, Rev. Crit. DIP 86 (3) (1997), p. 505; *Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, 27.03.07, SA Bureau Véritas c. Sté Groupama Transport, Juris-Data num. 2007-038216. Voir JEAN-MARC BISCHOFF, Note sur l'arrêt Gordon Breach, Rev. Crit. DIP 86 (3) (1997), p. 505ss; HORACIA MUIR-WATT, Note sur l'arrêt Gordon Breach, JCP G. 37 (1997), p. 388ss; MURIEL SANTA-CROCE, Note sur l'arrêt Gordon Breach, D. 15 (1997), p. 178.

⁵⁸² *Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile*, 11.05.99, Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres, Rev. Crit. DIP 89 (2) (2000), p. 200. Voir JEAN-MARC BISCHOFF, Note sur l'arrêt Mobil North Sea, Rev. Crit. DIP 89 (2) (2000), p. 201ss; GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, par. 54, LÉGIER, Gérard, Note sur l'arrêt Véritas, JDI 3 (2007), p. 951ss; HORACIA MUIR-WATT, Loi applicable au délit complexe : quel rôle pour le principe de proximité ?, JCP G 42 (1999), p. 1890ss.

620. Cela découle d'une pratique tendant à « simplifier » l'aspect complexe de ces derniers. Dans l'arrêt de principe *Gordon Breach*, il était question de la loi applicable à un journal américain, publié aux États-Unis mais distribué en France. C'est d'ailleurs cet arrêt qui donna naissance à la formule, vue plus haut, selon laquelle la loi applicable est celle du fait générateur ou celle du résultat, alternativement. Cependant, dans le cas d'espèce, la cour nia l'aspect complexe du délit : le fait générateur se trouvait au lieu de la « diffusion des revues », soit, en France, et le lieu du dommage était donc, partant, le même. D'un délit complexe, la Cour de Cassation arriva sur un délit simple, soumis à l'unique loi française.⁵⁸³

621. Ainsi, une atteinte complexe et plurilocalisée sera soumise au droit français, et ce indépendamment du montant du dommage réclamé par la victime. Ce mécanisme devrait opérer de façon identique en matière de délits commis via Internet.⁵⁸⁴ De plus, il n'existe pas en France de mécanisme permettant d'élire malgré tout un droit plus approprié que le droit français. Les exceptions en faveur du domicile commun des parties ou en faveur d'un lieu présentant des liens plus étroits sont absentes des règles de conflit internes françaises.

Section IV Conclusion sur le droit français

622. Avec l'affaire *Yahoo !*, la France fut le premier État mondial à avoir traité au plan international de la rencontre entre Internet et le droit international privé. Malgré cela, notre analyse de la situation actuelle nous a montré que la jurisprudence en la matière ne s'y est pas encore vraiment stabilisée. Cette situation nous offre deux points de discussion :

- Le domaine de la compétence y est, comme nous nous sommes efforcés de le démontrer, encore empreint d'une hésitation sur l'approche à employer envers Internet. Mais même si la tendance va vers l'adoption d'un *targeting test*, les détails et les contours de ce dernier sont encore indéterminés. Son application aux sites non lucratifs, ainsi que le degré d'intentionnalité exigé, ne sont encore fixés dans la jurisprudence.
- Le manque de discussion concernant la problématique du droit applicable est regrettable, tout autant que la pratique actuelle, qui aboutit sur une application impérieuse de la *lex fori*.

⁵⁸³ JEAN-MARC BISCHOFF, Note sur l'arrêt *Gordon Breach*, *op. cit.*, p. 512-515; HORACIA MUIR-WATT, Note sur l'arrêt *Gordon Breach*, JCP G. 37 (1997); p. 386-388, MURIEL SANTA-CROCE, Note sur l'arrêt *Gordon Breach*, *op. cit.*, p. 178-179.

⁵⁸⁴ ERIC A. CAPRIOLI, Droit international de l'économie numérique, *op. cit.*, par. 65-68. Pour une présentation détaillée des mécanismes de ce phénomène, voir GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, pars. 51-54 et 57-59 (note que les progrès en la matière ont surtout été fait au stade de la compétence, et relève de plus toute la difficulté à traiter la compétence et le droit applicable en tant que deux matières séparées et étanches lorsqu'il est question d'Internet); LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, pars. 3-4 et 13-21.

Chapitre 6^{ème} : la Suisse

Section I Introduction

§ I. Une source secondaire d'inspiration

623. Il peut sembler étonnant de traiter de la Suisse au sein de notre travail. Nous concéderons que la jurisprudence de cet État n'a pas été foisonnante. Pourtant, plusieurs éléments intéressants y trouvés méritent d'être mentionnés.

624. Au niveau de la compétence, tout d'abord, ce chapitre nous permettra, au travers d'un arrêt *Lyrics.ch*, de débattre de la notion d'acte causal lorsqu'il est question de délits commis via le réseau. Ce débat n'a en effet pas été examiné dans la jurisprudence des autres États analysés dans ce travail. Un examen de la doctrine suisse nous permettra également de mettre à jour des solutions originales, qui remettent en question le principe même du fractionnement du dommage plurilocalisé, caractéristique des approches européennes *Shevill et eDate*.

625. Au niveau du droit applicable, l'étude de la législation suisse nous permettra d'étudier une règle de conflit structurée en cascade qui laisse à la victime, sous certaines conditions, d'élire la loi applicable à une diffamation.

§ II. Plan et délimitation de la matière.

626. Ce chapitre sera structuré en suivant les dispositions pertinentes à notre analyse. Tout d'abord nous présenterons l'article 129 de la Loi Suisse sur le Droit International Privé (LDIP), article qui détermine la compétence suisse en matière d'acte délictuels. Ensuite, nous examinerons l'art. 139 al. 1 LDIP, une disposition spéciale de conflit de lois applicable spécialement aux atteintes à la personnalité. Pour chacune d'entre elles, nous feront état, si applicable, des réflexions de la doctrine quant à leur rapport avec Internet.

Section II Compétence

§ I. Introduction

627. A titre préliminaire, rappelons que la compétence internationale des tribunaux suisse peut être régie par deux sources distinctes.⁵⁸⁵

628. Les cas européens, d'une part, sont soumis à la Convention de Lugano de 2007,⁵⁸⁶ qui s'applique lorsque le défendeur a son domicile dans un état contractant.⁵⁸⁷ Etant un pendant conventionnel des instruments européens de droit international privé, le système de Lugano ne sera pas traité dans les lignes qui suivront. Pour une analyse de ce pan de la matière, nous vous renvoyons donc au chapitre consacré aux outils européens.

629. Les cas extra-européens, d'autre part, sont régis par la Loi Fédérale sur le Droit International Privé.⁵⁸⁸ C'est cette dernière, et plus particulièrement l'article 129 alinéa 1 dédié à la compétence des tribunaux suisse en matière délictuelle, qui sera l'objet de ce présent chapitre.⁵⁸⁹

§ II. Compétence suisse en matière délictuelle : l'article 129 LDIP

630. Le premier alinéa de l'article 129 LDIP se présente comme suit :

« Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement. »

Cette disposition pose deux chefs de compétence distincts : celui du tribunal du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur, et celui du lieu du délit. Nous traiterons tour à tour de ces deux chefs.

⁵⁸⁵ Par le terme *compétence internationale*, nous excluons implicitement les cas internes tombant dans le champ d'application du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272) de notre exposé. Celle-ci ne s'applique effectivement qu'à la détermination d'un tribunal compétent au sein de la confédération suisse, sans élément d'internationalité. Voir ANDREAS BUCHER / ANDREA BONOMI, Droit international privé, Bâle 2004, p. 8-10; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle 2005-2011, p. 449-450.

⁵⁸⁶ Convention du 30 Octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL), RS 0.275.12. La nouvelle version de la Convention de Lugano est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} Janvier 2011, et s'aligne en grande partie sur le règlement Bruxelles I. Pour plus d'informations sur les nouveautés apportées par cette convention, voir FRANCO POCAR, The New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, Yearbook of Private International Law, vol. 10 (2008), p. 1.

⁵⁸⁷ Art. 2 et 4 CL.

⁵⁸⁸ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291.

⁵⁸⁹ Nous excluons volontairement de notre exposé les art. 130 et 131 LDIP, qui, quoique traitant aussi de compétence délictuelle, ne nous intéressent pas.

A) Domicile du défendeur

631. La compétence du tribunal du domicile du défendeur, ou de sa résidence habituelle, ne soulève pas de problèmes spécifiques à Internet.⁵⁹⁰

B) Lieu du délit

632. Comme le texte légal l'indique, la compétence attribuée attribuée au tribunal suisse du lieu du délit peut se découper en deux composantes alternatives. Premièrement, est compétent le tribunal du lieu de l'acte, soit celui dans lequel le défendeur a causé l'acte illicite en question. L'est également celui du lieu du résultat, qui est le lieu dans lequel ont été ressentis les effets de l'acte illicite du défendeur.⁵⁹¹ Chacune de ces deux branches du lieu du délit amène son propre lot de difficultés, ainsi traiterons-nous ces deux lieux de façon séparée.

1) Compétence du tribunal au lieu de l'acte délictuel

633. La notion du lieu de l'acte générateur est un des seuls pans du droit international privé suisse à avoir trouvé une réponse judiciaire propre concernant Internet. Dans un arrêt *Lyrics* de 1999,⁵⁹² traitant du droit d'auteur dans le cadre pénal, le Tribunal Fédéral a estimé que ce lieu devait être compris comme étant celui duquel le défendeur charge ses données sur le réseau.⁵⁹³ Ce lieu peut aussi être celui de la préparation ou de l'élaboration du message illicite. En d'autres termes, si le défendeur a élaboré son article diffamatoire depuis la Suisse, ou qu'il l'a posté sur Internet à partir d'un poste informatique situé en Suisse, son acte sera considéré comme exécuté en ce pays. La compétence des tribunaux helvétiques sera dès lors fondée.⁵⁹⁴

634. Cette formulation peut soulever quelques difficultés d'interprétation, car le lieu du chargement peut être multiple ou fortuit. Notamment, le fait que l'accès à Internet peut se faire depuis des réseaux Wi-Fi gratuits ou mobiles à tendance à délocaliser le lieu du chargement des données. Il se peut donc qu'un auteur puisse

⁵⁹⁰ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, in : Le droit au défi d'Internet : actes du Colloque de Lausanne, Genève 1997, p. 86; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 453 (note cependant que, au vu de l'ubiquité du réseau, l'importance de ce chef de compétence risque d'être fortement diminuée). Voir aussi PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ II (2001), p. 181ss, spec. p. 190; GABRIELLE KAUFMANN-KÖHLER, Mondialisation de la communication – mondialisation des litiges ?, in : KATHARINA BOELE-WOELKI / CATHERINE KESSEDJIAN (eds.), Which Court Decides, Which Law Applies?: proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet, 4^{ème} ed., The Hague 2001, p. 111 (note néanmoins que ce for n'est point problématique seulement parce qu'il est accompagné de for alternatifs, car il peut lui-même être éloigné du litige); FRANÇOIS KNOEPFLER, Aspects de droit international privé, in NATHALIE TISSOT (ed.), Quelques facettes du droit de l'Internet, Vol. 1, 2001 Neuchâtel, p. 88.

⁵⁹¹ Voir les auteurs cités dans la note précédente.

⁵⁹² *Tribunal Fédéral*, 11.8.99, *Lyrics*, 8G.43/1999, sic! 1999 p. 635.

⁵⁹³ En terminologie anglaise, ce lieu se désigne comme le lieu de l'*upload*.

⁵⁹⁴ BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 453-454, FRANÇOIS KNOEPFLER, Aspects de droit international privé, *op. cit.*, p. 88-89.

écrire un article en un lieu puis le prendre avec un ordinateur portable et le charger en un autre. Afin d'éviter que la compétence suisse ne soit fondée que sur le seul acte « technique » du chargement, une partie de la doctrine suisse estime qu'il serait préférable de soumettre ce chef à l'exigence d'un lien supplémentaire entre la cause et le tribunal saisi. Cette exigence serait par hypothèse remplie la victime dispose de son domicile en Suisse, ou lorsque l'on peut prouver qu'une partie prépondérante de l'élaboration de l'article a eu lieu en Suisse.⁵⁹⁵

2) Compétence du tribunal du lieu du résultat

635. La compétence du tribunal du lieu du délit peut également s'entendre comme englobant celui du lieu du résultat. En d'autres termes, le tribunal de l'État où l'atteinte a produit ses effets est également compétent pour connaître du litige. En droit suisse, ce lieu du résultat s'entend traditionnellement comme celui où le bien juridique atteint a été touché de façon directe.⁵⁹⁶

636. Ce point de rattachement peut poser problème en matière d'Internet : il pourrait effectivement mener à une compétence universelle des juges suisses sur tout site disponible sur le territoire helvétique. Soucieux d'éviter ce résultat fâcheux, les auteurs suisses ont donc préconisé l'emploi de l'exigence d'un lien supplémentaire entre l'acte illicite et la juridiction suisse.⁵⁹⁷ Deux caractéristiques propres aux réflexions trouvées dans la doctrine suisse méritent cependant mention.

637. Premièrement, il est intéressant de noter que la doctrine suisse rejette en grande partie le fractionnement du dommage proposé par la jurisprudence *Shevill*. Pour ces auteurs, une action fondée à bon escient sur les effets d'un site Internet en Suisse devrait donner lieu à la réparation de l'entier du dommage mondial, et non au seul préjudice local. Cela, dans le but d'éviter une multiplicité de fors et de juridictions compétentes pour traiter du même litige.⁵⁹⁸ Plutôt que de qualifier l'activité du site du défendeur, la doctrine préfère se concentrer sur la personnalité

⁵⁹⁵ BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 453-454 et 466, FRANÇOIS KNOEFLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 4^{ème} ed., Berne 2005, par. 546^o. *Contra.*, voir PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, *op. cit.* p. 191 (estime que, quoi qu'il en soit, un chargement depuis la Suisse ne sera pas fréquent lorsqu'il est question d'un défendeur étranger); FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 87. Plus modérée, voir GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, Mondialisation de la communication – mondialisation des litiges ?, *op. cit.*, p. 111-113 (note les difficultés d'un lieu de chargement fortuit, ainsi que les possibles risques de poser un for trop éloigné de la victime, mais estime la règle comme admissible).

⁵⁹⁶ *Tribunal Fédéral*, 02.10.98, I SA c. N., ATF 125 (1999) III p. 103-108, JT I (2000), p. 362. Voir aussi BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 450-451.

⁵⁹⁷ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 82-85; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 454-555; PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, *op. cit.*, p. 191, FRANÇOIS KNOEFLER, Aspects de droit international privé, *op. cit.*, p. 89; ainsi que FRANÇOIS KNOEFLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, *op. cit.*, par. 546^o.

⁵⁹⁸ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 86-87; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 454, GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, Mondialisation de la communication – mondialisation des litiges ?, *op. cit.*, p. 113-118; FRANÇOIS KNOEFLER, Aspects de droit international privé, *op. cit.*, p. 89-90.

du demandeur, et sur la focalisation principale de l'atteinte à sa réputation. L'idée sous-jacente est qu'une atteinte à la personnalité, même propagée de façon transnationale, n'atteint réellement et pleinement l'honneur du demandeur qu'au lieu de sa résidence habituelle, là où il est le plus connu.

638. Interprété ainsi, la compétence au lieu du résultat serait alors présumée se trouver au lieu de l'État de la résidence habituelle du demandeur. Si le matériel diffamatoire n'a pas été mis à disposition en ce lieu, on cherchera alors l'État avec le plus de liens avec le litige. De cette façon, les problèmes posés par Internet seraient résolus.⁵⁹⁹ Le professeur KNOEFLER a formulé cette proposition de la façon suivante : « Si un auteur publie sur le Net des propos diffamatoires à l'encontre d'un professeur d'Université domicilié en Suisse, le lieu du dommage prévisible est la Suisse où se trouve le domicile de la victime, le centre de sa vie. Mais dans l'hypothèse où la victime subit également un dommage par le tort qui lui est causé auprès de ses collègues et amis domiciliés en France, en Allemagne, en Italie ou en Grande-Bretagne, cela ne devrait pas avoir pour conséquence d'ouvrir un for dans chacun de ces États ; toutefois, en fixant le dommage, le juge tiendra compte des atteintes subies par cet enseignant à l'étranger, pour autant que le droit applicable permette de le faire. »⁶⁰⁰

639. Si le message diffamatoire atteint la résidence habituelle du demandeur, il serait donc possible de donner précedence à ce lieu, qui se trouve souvent être le noyau dur de la réputation atteinte par l'acte diffamatoire.

§ III. Conclusion : des propositions au-delà du targeting test classique

640. Formellement, le texte de l'article 129 al. 1 n'exige nullement la prévisibilité de l'atteinte en Suisse pour fonder la compétence des tribunaux de cet État. Néanmoins, les difficultés qu'apporte l'ubiquité d'Internet à l'application de cette disposition risquent bien de conduire, de fait, à l'introduction d'un tel critère dans l'analyse de la compétence internationale.

641. En tout cas, la doctrine suisse semble pencher dans cette direction, soit celle de l'exigence d'un lien supplémentaire entre le délit commis sur Internet et la juridiction choisie. Mais, comparée à l'émergence du *targeting test* constatée dans les autres États de notre étude, la solution des auteurs suisses va plus loin et propose de fixer en un for unique tous les dommages afférant à une publication mondiale. Cette solution nous est enrichissante sur un point : il nous faudra garder à l'esprit que le domicile du demandeur peut être considéré comme un point focal d'une atteinte à la personnalité ; il pourra dès lors nous être utile en tant que critère dans notre recherche de solutions.

⁵⁹⁹ Voir auteurs précit. note précédente, ainsi que , voir PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁰⁰ FRANÇOIS KNOEFLER, Aspects de droit international privé *op. cit.*, p. 89-90.

Section III Droit applicable

§ I. Introduction

642. En matière d'acte illicites, les règles de conflit suisses sont contenues dans les art. 132 à 142 de la LDIP. Plutôt qu'un rattachement unique, le système Suisse se présente comme un système en cascade, composé d'une pluralité d'exceptions et de règles spéciales s'appliquant selon le domaine concerné.⁶⁰¹

643. Nous ne traiterons ici que des dispositions pouvant nous apporter matière à réflexion dans notre recherche de solutions. Tout d'abord, nous parlerons de l'exception en faveur du droit commun des parties de l'art. 133 al.1 LDIP. Nous présenterons ensuite les règles de conflit spéciales applicables aux cas d'atteintes à la personnalité effectuées par voie de média, contenues dans l'art. 139 LDIP.⁶⁰² Enfin, nous toucherons quelques mots sur l'exception générale de l'art. 15 LDIP, qui permet au juge d'élire un droit tiers s'il a manifestement des liens plus étroits avec le litige.

§ II. Le rattachement commun de l'art. 133 al. 1

644. Le premier alinéa de l'art. 133 se présente ainsi :

« Lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même État, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet État. »

645. Difficile de faire plus clair : si les deux parties ont leur résidence habituelle, ou leur établissement pour les personnes morales, dans un État commun, c'est la loi de cet État qui s'appliquera. Cet automatisme n'est cependant pas absolu et l'art. 15 LDIP permet l'application d'un autre droit si, au vu des circonstances de l'affaire, le droit commun des parties n'a qu'un lien ténu avec le litige.⁶⁰³

646. Du point de vue d'Internet, cette disposition est considérée comme adaptée, car elle aboutit sur un droit connu, prévisible, et commun aux deux parties. Certes,

⁶⁰¹ FRANÇOIS KNOEPFLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, *op. cit.*, par. 539-546a.

⁶⁰² Par le jeu du système des exceptions et des règles spéciales, les règles de conflit générales en matière d'actes illicites de l'art. 133 al. 2 ne s'appliqueront en pratique que très rarement. Nous les laissons donc ici volontairement de côté. En ce sens, voir BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 467. On peut néanmoins s'interroger sur la relation entre les deux articles : de nature spéciale, l'art. 139 ne préviendrait-il pas à l'application de la règle du domicile commun de l'art 133 al.1, qui est elle générale ? Il s'agit d'une question d'interprétation légale, qui ne touche nullement le but de notre travail. Ainsi, pour les besoins de notre présentation, ces deux articles seront examinés comme s'ils faisaient partie d'un même système. Pour plus de détails, voir FRANÇOIS KNOEPFLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, *op. cit.*, par. 540.

⁶⁰³ BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 463, FRANÇOIS KNOEPFLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, *op. cit.*, par. 539.

elle ne s'appliquera peut-être qu'à un nombre restreint de cas pratique, mais elle restera un garde-fou contre les demandes les plus abusives.⁶⁰⁴

647. Si les deux parties n'ont pas leur résidence habituelle dans le même État, il faudra, dans un cas de diffamation par Internet, appliquer l'art. 139 al. 1 LDIP.

§ III. L'art. 139 al. 1 LDIP : le droit applicable en cas d'atteinte à la personnalité par voie de médias

648. Le premier alinéa de l'art. 139 LDIP se présente comme suit :

« Les prétentions fondées sur une atteinte à la personnalité par les médias, notamment par la voie de la presse, de la radio, de la télévision ou de tout autre moyen public d'information, sont régies, au choix du lésé:

- a) par le droit de l'État dans lequel le lésé a sa résidence habituelle, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet État;
- b) par le droit de l'État dans lequel l'auteur de l'atteinte à son établissement ou sa résidence habituelle, ou
- c) par le droit de l'État dans lequel le résultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet État. »

649. Traditionnellement appliquée aux délits commis par des médias tels que la télévision ou la radio, cette disposition offre au défendeur un choix entre trois droits applicables. Tout d'abord, il pourra choisir celui de la résidence habituelle du défendeur, qui sera toujours disponible. Il pourra également élire la loi de sa propre résidence habituelle ou de celle d'un des États touchés par la publication. Ces deux possibilités sont néanmoins subordonnées à une condition de prévisibilité : elles ne seraient ouvertes que si le défendeur avait pu prévoir l'occurrence de son acte illicite en ces lieux. *A contrario*, si cette condition de prévisibilité n'est pas remplie, le demandeur devra donc se contenter du droit de la résidence habituelle du défendeur, qui est la seule option dépourvue d'une telle exigence. En matière d'Internet, cette disposition nous amène à formuler trois commentaires.

650. Premièrement, on peut s'interroger si le réseau Internet est bien un média au sens de cet article, et si tous les messages y trouvées tombent forcément dans son champ d'application. A ce niveau, la doctrine suisse est unanime : Internet est effectivement un média car il est un moyen de diffusion de masse permettant à un

⁶⁰⁴ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 95-96; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 466, FRANÇOIS KNOEPLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, *op. cit.*, par. 546^f.

message d'atteindre un nombre élevé de personnes. Cette disposition s'applique donc pleinement à toute diffamation commise via le réseau.⁶⁰⁵

651. Une autre difficulté peut surgir au niveau de l'adaptation à Internet de ce critère de la prévisibilité, qui subordonne l'application tant du droit du lieu du résultat, que celui de la résidence habituelle du lésé. En effet, en matière d'Internet, comment déterminer la prévisibilité géographique d'une atteinte ? Faudrait-il recourir à un *targeting test* comme lors de l'analyse de la compétence ? Sur ce point, nous devons rester sur notre faim : les textes en la matière sont peu loquaces, et ne nous offrent pas de vraie piste de réflexion. Tout au plus retiendrons-nous donc, pour notre recherche de solutions, l'idée d'un *targeting test* adapté au niveau de la réflexion sur le droit applicable.

652. Le débat qui anime principalement la doctrine suisse vis-à-vis de cette disposition concerne la relation entre les choix proposés par ses lettres a) et c). L'option de la lettre a), permettant d'élire la loi de la résidence habituelle du lésé, n'inclut pas dans le texte la condition d'un dommage substantiel. Il suffirait pour remplir cette option que l'atteinte y soit prévisible, mais non qu'elle y soit réalisée dans les faits. Interprétée ainsi, elle permettrait d'élire ce droit alors même que le contenu litigieux n'y aurait créé qu'un dommage dérisoire, par exemple car il n'y a pas été consulté de façon substantielle. Similairement, l'option de la lettre c) serait à elle seule trop large : elle permettrait d'élire la loi de tout lieu touché de façon prévisible par la communication.

653. C'est pourquoi certain auteurs préconisent une lecture combinée de ces deux options, et plaident pour une application présomptive de la loi du lieu de la résidence habituelle du lésé, si l'atteinte y a été commise. Cette issue se justifie par le fait que, dans la plupart des cas pratiques, les options offertes par ces deux lettres se recouperont naturellement dans ce lieu. Si, en l'espèce, ce lieu n'est pas touché par l'atteinte, on recherchera alors l'application du droit du lieu du résultat qui a le plus subi les effets de l'atteinte effective.⁶⁰⁶

654. A nouveau, une comparaison entre cette solution doctrinale suisse et la pratique américaine peut être faite. Plus particulièrement, on retrouve dans cette idée le fond du paragraphe 150 du *Restatement (Second) of Conflicts of Laws*, qui pose une présomption pour le droit du domicile du demandeur.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 92-93; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 499; PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁰⁶ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 94-9; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 499, (cet auteur estime néanmoins que le choix laissé au lésé par cet article nuit à la prévisibilité du droit, et y substituerait une nouvelle règle en cascade), PHILIPPE GILLIÉRON, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ II (2001), p. 181ss, spec. p. 193; FRANÇOIS KNOEPFLER, Aspects de droit international privé *op. cit.*, p. 92-93, ainsi que FRANÇOIS KNOEPFLER / PHILIPPE SCHWEIZER / SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, *op. cit.*, Droit international privé suisse, par. 546f.

⁶⁰⁷ Voir *supra* p. 136ss.

§ IV. L'exception des liens les plus étroits

655. Contenu dans la partie générale de la LDIP, l'art. 15 al. 1 permet au juge Suisse d'échapper au droit désigné par la règle de conflit lorsque d'une part, celui-ci a un lien bien trop lâche avec les circonstances du litige, et, lorsque d'autre part, une autre droit à des liens plus étroits avec la cause. Son application doit rester exceptionnelle.⁶⁰⁸ L'application en Suisse de cette règle à la diffamation, ainsi qu'aux actes illicites en général, reste nébuleuse. La jurisprudence principale à son sujet se trouve dans le domaine du droit de la famille et du divorce.⁶⁰⁹

656. Il peut être difficile, également, d'établir sa relation avec l'art. 139 al. 1 LDIP : celui-ci laissant un choix à la victime entre une pluralité de droits, qualifiés par une exigence de prévisibilités, le souci de désigner le droit le plus approprié est déjà contenu dans la disposition même.⁶¹⁰

§ V. Conclusion : le modèle Suisse comme source d'inspiration

657. De par leur structure en cascade et grâce à leurs dispositions spéciales, les règles de conflit suisses s'accommodent finalement assez bien de l'arrivée du réseau. L'exception en faveur du droit commun des parties, premièrement, s'assurera en amont que les demandes les plus abusives seront traitées de façon adéquate.

658. La règle spéciale en matière d'atteinte à la personnalité, ensuite, permettra en tout état de cause d'élire un droit qui sera prévisible pour le défendeur. Enfin, l'exception générale pourra rester une « soupape de sécurité » possible.

659. Cela dit, il est vrai que la matière n'est en Suisse pas encore très développée. Les critères de la prévisibilité contenue dans l'article 139 ne sont pas encore clairement définis dans le contexte d'Internet, et c'est également le cas pour les modalités de la clause d'exception.

Section IV Conclusion sur la Suisse

660. Ce bref passage par la Suisse nous aura permis d'ouvrir deux points de réflexion pour notre recherche de solutions :

- Au niveau des solutions mêmes, les propositions examinées dans cet article sont novatrices et intéressantes. Tant au niveau de la compétence que du droit

⁶⁰⁸ ANDREAS BUCHER / ANDREA BONOMI, Droit international privé, *op. cit.*, pars. 390-393; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁰⁹ ANDREAS BUCHER, La clause d'exception, in : ANDREA BONOMI / ELEANOR CASHIN RITAINE (eds.), La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après : actes de la 21^{ème} journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne, Genève 2009, p. 59. L'auteur conclut que son utilité pratique est presque nulle dans le contexte Suisse.

⁶¹⁰ Sur ce débat, voir BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 53-54.

applicable, elles tendent à une concentration du litige diffamatoire au lieu de la résidence habituelle du lésé. Comme il est question d'atteintes à la personnalité, il semble effectivement logique de s'aider de ce lieu, centre névralgique de la réputation du demandeur, comme point d'attache. Mais que faire, alors, si ce lieu n'est pas touché ? Et, de façon plus pragmatique, est-ce que la tendance actuelle des juridictions ne va-t-elle pas à l'encontre de cette solution unique ? Au vu des chapitres précédant celui-ci, il nous apparaît que le jeu de popularité entre cette vision universelle et un *targeting test* unilatéral, découlant de la fragmentation du dommage selon la structure de *Shevill* semble aller dans la direction de ce dernier...

- En prenant un peu plus de recul, on constate en Suisse une certaine symétrie avec les conclusions trouvées dans les autres États. Au niveau du droit applicable, particulièrement, les solutions suisses rappellent celles trouvées en droit américain. D'un point de vue comparé, cette ressemblance nous permettra peut-être d'enfin trouver des principes communs entre les traditions juridiques.

Chapitre 7^{ème} : Droit communautaire

Section I Introduction

661. Le 25 Octobre 2011, la Cour de Justice de l'Union Européenne rendit l'arrêt *eDate Advertising*⁶¹¹ dans lequel elle traita de la problématique des atteintes à la personnalité commises via Internet, et ce, tant sous l'angle de la compétence que sous celui du droit applicable. Cet arrêt marque un tournant fondamental pour notre matière, car jusqu'à présent le cadre communautaire s'était révélé comme étant d'une étonnante légèreté, légèreté qui permettait d'ailleurs d'expliquer les expérimentations et les divergences que nous avons rencontrées lors de notre analyse des jurisprudences anglaises et françaises. Dit autrement, on peut affirmer que, si par le passé le droit européen accordait une large marge de manœuvre aux juridictions nationales lors de l'appréhension de notre problématique, ce n'est plus le cas aujourd'hui.

662. Traversé de part en part par ce profond changement, ce chapitre consacré au droit européen aura une fonction double. Son premier but sera rétrospectif : il présentera la situation d'avant *eDate* et mettra en exergue le flou enveloppant la pratique communautaire jusqu'alors. En matière de compétence, d'abord, nous verrons pourquoi la jurisprudence *Shevill*,⁶¹² relative aux atteintes diffamatoires dans le cadre de l'article 5.3 du règlement Bruxelles I, n'a pas su donner de réponses une fois transposée à Internet. En matière de droit applicable, ensuite, nous ferons part de l'échec du règlement Rome II qui a exclu de son champ d'application les atteintes à la réputation et à la vie privée, laissant ce domaine aux règles de conflit de chacun des États Membres.

663. Son second but sera prospectif, car il présentera en détail l'arrêt *eDate* et montrera en quoi il s'accorde ou non aux tendances constatées dans le reste de notre étude. Il traitera également des actuels travaux législatifs communautaires susceptibles d'encore nous apporter des éléments de solution, soit le processus de révision du règlement Bruxelles I et la procédure d'amendement du règlement Rome II.

⁶¹¹ CJUE, 25.08.11, *eDate Advertising GmbH c. X*, Affs C-509/09 et C-161/10.

⁶¹² CJCE, 07.03.95, *Shevill c. Presse Alliance SA*, RJ 1995 p. I-00415.

Section II Compétence

§ I. Introduction

664. Comme annoncé dans l'introduction, cette section aura pour fonction de présenter la pratique, passée et présente, relative à l'interprétation de l'article 5.3 du règlement Bruxelles I. Après un bref rappel des règles de base, nous présenterons l'arrêt *Shevill* et montrerons pourquoi il a donné naissance à une multiplicité d'interprétations dès qu'il était question d'Internet, laissant alors le champ libre aux cours nationales d'adopter le principe de l'accessibilité ou la *targeting test*. Ensuite, notre exposé se concentrera sur l'arrêt *eDate*. Nous verrons notamment comment celui-ci, par la surprenante création d'un nouveau point d'ancrage juridictionnel et par la non moins surprenante adoption du principe de l'accessibilité, a bouleversé le paysage juridique entourant notre étude.

665. Suivant cette analyse, nous nous tournerons vers le processus de révision du règlement. En dernier lieu, nous sortirons quelque peu du cadre strict de notre exposé, et traiterons du *targeting test* communautaire développé par la Cour de Justice dans l'arrêt *Pammer*.⁶¹³ Ce dernier, concernant les contrats de consommation, ne nous concerne pas directement. Cependant, il sera une source d'inspiration capitale pour notre propre *targeting test* développé à l'issue de ce travail.

§ II. Règles de base

666. En droit communautaire, les règles sur la compétence ont été harmonisées par le 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,⁶¹⁴ qui prime sur les règles internes des États contractants dans les cas entrant dans son champ d'application, soit quand le défendeur a son domicile dans un État contractant. A contrario, les cours étatiques appliquent encore leurs règles internes lorsque le défendeur est domicilié dans un État tiers.⁶¹⁵

667. Le règlement Bruxelles I établit deux types de rattachements juridictionnels nous touchant. Le rattachement général de l'art. 2.1 RB fixe la compétence au lieu du domicile du défendeur, ou de leur siège, de leur administration centrale ou de leur activité principale s'il s'agit d'une personne

⁶¹³ CJUE, 07.12.10, Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH, Affs. C-585/08 et C-144/09,

⁶¹⁴ JOCE L 12/1. En ce qui concerne la Suisse, l'Islande et la Norvège, la convention de Lugano s'appliquera. Les considérations ci-dessous s'y appliqueront par analogie. Voir HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, Paris 2010, pars. 53-63; PETER MANKOWSKI in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation, München 2007, p. 20.

⁶¹⁵ Art 2(1), RB. Cette distinction sera peut-être vouée à disparaître avec la révision du règlement, qui traitera également des défendeurs non domiciliés dans un État membre. Voir *infra* p. 199ss.

morale.⁶¹⁶ Les rattachements spéciaux de l'art. 5 RB créent des fors dans des États ayant un lien particulier avec la nature d'une affaire. En matière d'acte illicites, le 3ème chiffre de cette disposition donne la compétence aux tribunaux du lieu où l'acte dommageable s'est produit ou risque de se produire.⁶¹⁷

668. Le for général du lieu du domicile du demandeur ne nous posant pas de problèmes particuliers, nous nous concentrerons exclusivement ici sur les fors spéciaux découlant de l'article 5.3. RB.

669. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, le lieu du fait dommageable comporte tant bien celui de la matérialisation du dommage que celui de son acte générateur. Selon ce principe, dit de l'ubiquité, un demandeur pourra saisir les tribunaux de l'un ou de l'autre de ces lieux à sa convenance.⁶¹⁸ En matière de diffamation, ces principes ont été détaillés par la cour à l'occasion de l'arrêt *Shevill c. Presse Alliance SA*.⁶¹⁹

§ III. Le lieu du fait dommageable en matière de diffamation : l'arrêt Shevill

A) Contexte du litige

670. Les faits concernaient un article paru en Septembre 1989 dans le journal France Soir, édité par la société française Press Alliance. Il portait sur des récentes opérations policières menées à Paris visant à démanteler un trafic de drogues. Dans le texte était mentionné le nom de Chequepoint, une société locale de change, ainsi que celui de Fiona Shevill, une ressortissante anglaise ayant brièvement travaillé pour cette dernière entreprise.⁶²⁰ S'estimant injustement mêlée au monde de la drogue par ce texte, Mme Shevill saisit les tribunaux anglais afin de poursuivre Press Alliance en diffamation.

671. Devant les cours anglaises, la société défenderesse avança que la compétence de ces dernières n'était pas fondée. Le magazine, qui avait une circulation de plus de 200 000 exemplaires en France, ne s'était écoulé qu'à la hauteur de quelques 230 exemplaires dans l'entier du Royaume-Uni. Cette publication dérisoire ne devait pas être à même de donner naissance à un « fait dommageable »

⁶¹⁶ Art 2, 59, 60 RB. Voir également HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *op. cit.*, pars. 82-89, PAUL VLAS, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation*, *op. cit.*, p. 74.

⁶¹⁷ Art. 5 RB.

⁶¹⁸ *CJCE*, 30.11.76 *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, RJ 1976 p.01735. Notons que cet organe se dénomme aujourd'hui la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Pour des raisons d'exactitude, nous emploierons la dénomination en vigueur selon l'arrêt cité. Voir également HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *op. cit.*, pars. 215-216; PETER MANKOWSKI, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation*, *op. cit.*, p. 190-191.

⁶¹⁹ *CJCE*, 07.03.95, *Shevill c. Presse Alliance SA*, RJ 1995 p. I-00415.

⁶²⁰ *Ibid.*, par. 1-8.

au sens de l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles, qui était alors le texte en vigueur.⁶²¹

672. Les cours inférieures rejetèrent cette argumentation. Transposant les concepts de publication du droit anglais à la structure de l'art 5.3 de la Convention,⁶²² elles se concentrèrent sur le fait que le texte avait été publié, même à échelle minimale, sur le sol anglais. En conséquence, un dommage substantiel en était présumé ce qui fut suffisant pour justifier l'exercice de leur compétence.⁶²³ Sur recours, la défenderesse fit valoir que cette interprétation de l'article violait la Convention, et qu'une publication aussi dérisoire ne pouvait pas donner naissance à la compétence.⁶²⁴

673. En dernière instance, la *House of Lords* dut trancher cette question. Elle préféra alors s'adresser à la Cour de Justice des Communautés Européennes et elle lui posa plusieurs questions préjudicielles afin de mieux saisir les contours de l'application de l'article 5.3 à la diffamation globale.⁶²⁵ Dans son arrêt du 7 mars 1995, la cour répondit à ces interrogations en deux temps. D'abord, elle traita de la localisation géographique du dommage, puis aborda la question de sa qualification juridique.

B) Localisation du dommage

674. La première question, qui fut la question centrale de cette affaire, avait trait à l'interprétation de l'article 5.3 dans le cadre d'une diffamation globale. Comment, en somme, fallait-il interpréter le terme de « lieu du fait dommageable » à une publication d'ampleur internationale ?⁶²⁶

675. La cour commença par rappeler sa jurisprudence passée, selon laquelle le principe de l'ubiquité laissait le choix au demandeur entre le lieu de l'acte délictuel causant le dommage et celui de la survenance du dommage lui-même.⁶²⁷ En matière de diffamation transnationale, le premier de ces lieux devait s'entendre comme étant le lieu de l'établissement du défendeur. Selon la cour, cela se justifiait car il était « le lieu d'origine du fait dommageable, à partir duquel la diffamation a été exprimée et mise en circulation. ».⁶²⁸ Elle ajouta qu'un tribunal fondant sa compétence sur ce chef, se trouvant au lieu central de l'activité illicite, pouvait statuer sur l'entier des

⁶²¹ *Ibid.*, par. 9-12. A l'époque des faits, le règlement n'était pas encore entré en vigueur et la base légale employée était encore la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cette différence n'a aucune incidence sur nos considérations.

⁶²² Pour plus de détails sur les spécificités anglaises du concept de la publication appliquées ici au cas *Shevill*, voir notre exposé en *supra* p. 57-59.

⁶²³ Voir *House of Lords*, 12.03.91, *Shevill v. Press Alliance SA*, [1996] 3 W.L.R. 420, p. 966-967.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 963-964.

⁶²⁵ *CJCE* 07.03.95, RJ 1995 page I-00415. par. 16

⁶²⁶ *Ibid.*, par 17-18.

⁶²⁷ *Ibid.*, par. 19-23.

⁶²⁸ *Ibid.*, par. 24.

dommages afférant à cette activité quelle que soit sa répartition géographique. En d'autres termes, il était possible de poursuivre un éditeur au lieu de son établissement, pour l'entier du dommage commis par sa publication internationale.⁶²⁹

676. La cour releva ensuite que cette possibilité pouvait en pratique souvent coïncider avec la compétence donnée au tribunal du domicile du défendeur déjà consacrée comme for général par l'article 2. Pour ne pas vider l'article 5.3 de son sens, il fallait donc également prévoir une compétence alternative des lieux où le dommage a été subi.⁶³⁰ En matière de diffamation, ces lieux furent définis comme étant « *chaque État contractant dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation* ». Cependant, une compétence fondée sur ce chef ne permettait de traiter que des dommages locaux produits par la diffamation, et non l'entier du dommage international lié à la publication.⁶³¹

677. En résumé, une victime de diffamation touchant plusieurs États pouvait porter son litige soit au lieu de l'établissement du défendeur, pour l'entier du dommage, soit dans chacun des États touchés par la diffamation, pour la part du dommage afférant à chacune de ces juridictions.⁶³² Le découpage du dommage incarne le principe dit de la mosaïque, qui tend à découper le dommage causé par une diffamation en autant de parties qu'il y a de juridictions touchées par celui-ci. Son but est de limiter le *forum shopping*, en forçant le demandeur à s'adresser aux tribunaux de l'établissement du défendeur s'il souhaite être compensé en une seule procédure pour l'entier du dommage international. S'il s'adresse à l'un des tribunaux du lieu du résultat, il n'y aura guère que les lieux les plus touchés par la publication qui lui permettront de recouvrir une part significative du dommage.⁶³³

C) *Qualification juridique du dommage*

678. La deuxième question traitée dans *Shevill* concernait la qualification du dommage dans le cadre d'une analyse sous l'article 5.3. de la Convention. Est-ce que l'appréciation de ce dommage était une notion autonome, propre au système communautaire, ou était-elle encore laissée au droit interne de chacun des pays contractants ?⁶³⁴

679. Pour la *House of Lords*, cette interrogation lui permettait de savoir si les particularités anglaises liées au phénomène de la publication pouvaient encore

⁶²⁹ *Ibid.*, par. 25. Mais voir également PETER MANKOWSKI, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation*, *op. cit.*, p. 200 (interprète ce point de rattachement comme englobant le lieu de conception de l'article, et, spécifiquement en matière d'Internet, le lieu de son chargement.)

⁶³⁰ *Ibid.*, par. 26-27.

⁶³¹ *Ibid.*, par. 30.

⁶³² *Ibid.*, par. 33.

⁶³³ PETER MANKOWSKI, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation*, *op. cit.*, p. 192-194.

⁶³⁴ *Shevill*, par. 34.

trouver à s'appliquer dans le cadre de la Convention, comme ses cours inférieures l'avaient fait dans ce litige. L'enjeu était crucial : le droit anglais permettant de présumer le dommage dès que qu'une publication est prouvée, la tâche du demandeur désirant porter un litige en est largement facilitée.⁶³⁵ Mais si le dommage était une notion autonome à l'aune de la Convention, il se pouvait que cette présomption ne soit pas applicable dans un cas intra-européen.

680. A cette question, la cour répondit que le but de la Convention était de définir la répartition géographique de la compétence, et non d'harmoniser, quoique indirectement, les règles procédurales ou de fond des États Membres. Son article 5.3 se limitait à établir la compétence des tribunaux, et ne prétendait pas à leur dicter comment apprécier le caractère dommageable d'une atteinte diffamatoire. Cette notion était donc laissée aux lois internes de chacune d'entre eux.⁶³⁶ En guise de conclusion, la CJCE admit que la présomption anglaise du dommage diffamatoire était applicable même dans le cadre communautaire.⁶³⁷

§ IV. Adaptation de la structure de *Shevill* au mode de publication d'Internet

681. Les solutions de l'arrêt *Shevill* avaient été développées dans le contexte de la presse papier. Ainsi, avant *eDate*, tout l'enjeu de l'arrivée des atteintes à la personnalité commises par Internet reposait sur leur adaptation dans le milieu numérique. Sans autre guide communautaire, c'est la pratique des divers États européens qui a permis de donner corps à la jurisprudence. Et, comme l'ont montré les autres chapitres de ce travail, cette situation n'a pas abouti sur une ligne de conduite stable ou cohérente.⁶³⁸

682. Dans cette partie, nous allons décortiquer les divers éléments formant l'approche *Shevill* et mentionner en quoi ils pouvaient poser ou non problème lorsqu'il est question d'Internet. Nous commencerons par traiter brièvement de la compétence du lieu de l'établissement du défendeur, puis passerons à celle du lieu du résultat. Pour cette dernière notion, nous nous poserons la question de savoir si la méthode dégagée de *Shevill* permettait aux cours étatiques d'adopter un test du type *targeting*. Enfin, nous toucherons quelques mots sur le principe de la mosaïque, et sur le fractionnement du dommage qui en découle.

⁶³⁵ Voir également *infra* p. 58.

⁶³⁶ *Shevill*, par. 35-39.

⁶³⁷ *Ibid.*, par. 40-41.

⁶³⁸ Le document de travail, publié par la Commission Juridique du Parlement Européen sous la direction de DIANA WALLIS et au sujet de la révision de Rome II en rapport avec la diffamation globale souligne la diversité actuelle des solutions jurisprudentielles au niveau de la compétence. Voir *Commission Juridique du Parlement Européen*, DIANA WALLIS (rap.), 23.05.10, Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), PE443.025v01-00, p. 7.

A) *Lieu de l'acte générateur : établissement du défendeur*

683. En matière d'Internet, le for au lieu de l'établissement du défendeur ne soulève pas de difficultés particulières. Il s'agit d'un lieu stable qui n'est pas autrement affecté par l'ubiquité de la publication du réseau. Nous n'entrerons pas plus en détails sur celui-ci, d'autant plus que l'arrêt *eDate* l'a maintenu sans autrement le modifier.

B) *Lieu du résultat : accessibilité ou targeting ?*

684. Comme dans les droits internes analysés précédemment, c'est le lieu du résultat qui posera problème lorsqu'il est question d'Internet. Il sera pareillement question de savoir comment appréhender la réalité et la prévisibilité d'un dommage causé par son entremise.

685. Est-ce que la structure de l'article 5.3, telle qu'interprétée par *Shevill*, favorise l'approche de l'accessibilité pure, ou permet-elle d'exiger des liens supplémentaires entre la juridiction du for et le litige, dans un test du type *targeting* ? Dit autrement, est-ce que une cour étatique appliquant l'art. 5.3. RB peut prendre en compte des indices sur la destination du site, ou est-elle forcée à constater l'atteinte à la réputation, sans autre considération ? Dans l'arrêt *eDate*, que nous analyserons à la suite de cette section, la cour trancha en faveur du critère de l'accessibilité. Mais cela n'était pas forcément l'unique issue possible : un aperçu des débats ayant eu lieu avant cet arrêt montre que de forts arguments militaient tant pour le critère de l'accessibilité, que pour l'adoption d'un *targeting test*.

1) *Arguments en faveur du critère de l'accessibilité*

686. Selon un pan de la doctrine, l'article 5.3 RB ne laissait aucune marge de manœuvre aux juges européens pour prendre en compte les spécificités de la parution par Internet. Leur compétence devait se fonder sur la seule disponibilité des sites trouvés dans leur juridiction, du moment que la victime y dispose d'une réputation à atteindre et que le site y a été consulté. Trois arguments, à forte teneur textuelle, étaient invoqués à l'appui de cette vision.

687. Premièrement, les termes trouvés dans l'arrêt *Shevill* semblent plaider pour le critère de l'accessibilité. En définissant le lieu touché par un dommage diffamatoire, elle retint celui « *dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation* ». Comme la diffusion au sens large d'un site Internet se produit par sa seule consultation au sein d'une juridiction, cette formulation ne semble pas retenir d'autres conditions limitatives.⁶³⁹

⁶³⁹ NICHOLAS DALTON / JEAN-PHILIPPE HUGOT, *The Universal Jurisdiction of French Courts in Civil and Criminal Cases: the Road to Digital Purgatory?*, 13 (3) Ent. L. R. (2002), p. 49ss, spec. p. 53-54 (retiennent cette interprétation à contrecœur, n'étant pas convaincus par ce critère), HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, pars. 218 (personnellement favorable à une localisation du

688. Un autre argument textuel se trouve dans la formulation de l'article 5.3 RB. Celle-ci donne la compétence au tribunal « *du lieu où le fait dommageable s'est produit* », ainsi qu'à celui dans lequel le fait dommageable « *risque de se produire* ». Plusieurs auteurs considéraient que cette seconde branche de la disposition excluait une approche du type *targeting*. Lorsqu'un site web diffamatoire est disponible dans un État dans lequel la victime dispose d'une réputation, il y aura toujours un risque concret d'une atteinte à celle-ci. Et ce risque, de lui-même, sera suffisant pour fonder la compétence du juge de ce lieu. Comme le texte permet de se focaliser sur le risque anticipé d'une atteinte, il n'y a pas de place pour une analyse de la destination d'un site Internet.⁶⁴⁰

689. On estima enfin qu'une analyse poussée des liens entre le lieu du for et les particularités d'un litige donné était contraire aux principes d'efficacité et de prévisibilité contenus dans le règlement. L'emploi d'un test du type *targeting* reviendrait à donner aux juges européens un large pouvoir d'appréciation sur ces questions, qui déboucherait sur une analyse casuistique analogue à celle trouvée dans le *forum non conveniens* anglais. Or, ce type de réflexion malléable sur la compétence judiciaire avait déjà été considéré par la Cour de Justice comme contraire aux principes directeurs susmentionnés. Ayant déjà rejeté le *forum non conveniens* proprement dit dans l'arrêt *Owusu v. Jackson*,⁶⁴¹ il était peu probable qu'elle soit favorable à l'adoption d'un *targeting test*.⁶⁴²

2) Arguments en faveur de l'emploi du *targeting test*

690. Un autre pan doctrinal estimait au contraire qu'une prise en compte du *targeting* devait être effectuée dans l'application de l'article 5.3 de la Convention lorsqu'il est matière d'Internet. Ces auteurs argumentaient que même si le texte de l'article 5.3 tel qu'interprété par *Shevill* semble exiger l'application du critère de

dommage diffamatoire au lieu du domicile du demandeur, mais estime que la solution de *Shevill* est transposable sans autres à la diffamation par Internet); MORITZ KELLER, *Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States*, 23 J. Marshall J. Computer & Info. L. (2004), p. 1ss, spec. p. 60-62, BERNHARD MAIER, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?*, 18 Int'l J. L. & Info. Tech. (2010), p. 142ss, spec. p. 149-151; THIBAUT VERBIEST, *Responsabilités sur Internet: Loi Applicable et Jurisdiction Compétente* (2000), <<http://www.droit-technologie.org/actualite-365/responsabilites-sur-internet-loi-applicable-et-jurisdiction-competent.html>> (dernière visite le 30.06.12).

⁶⁴⁰ CYRIL CHABERT, *Site passif et site actif : la distinction s'affermir devant la Cour de Paris*, JCP G 20-21 (2007), p. 32ss, spec. p. 35; USUNIER, Laurence, *Note sur l'arrêt Delticom AG c. Sté Pneus Online Suisse*, JDI 3 (2010), p. 870ss, spec. p. 878. *Contra* MARIE-ÉLODIE ANCEL, *Concurrence déloyale sur Internet : la compétence juridictionnelle perd pied*, JCP G 20 (2007), p. 29ss, spec. p. 31; OLIVIER CACHARD, *Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer*, Rev. Crit. DIP num. 93 (3) (2004), p. 632ss, spec. p. 640 (argumentent que cette partie de la disposition exige un risque de dommage imminent et concret, et non un seul risque éventuel).

⁶⁴¹ CJCE, 01.03.05, *André Owusu c. N.B.Jackson*, RJ 2005 p. I-01383.

⁶⁴² JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, *Observations sur les arrêts Interminid et Multi Media*, JDI 2 (2004), p. 491ss, p. 497-498; LILIAN EDWARDS, *The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?*, 8 (1) Edin. L.R. (2005), p. 99ss, spec. p. 106; LAURENCE USUNIER, *Note sur l'arrêt Delticom AG c. Sté Pneus Online Suisse*, *op. cit.*, p. 879.

l'accessibilité, une telle conclusion était contraire à plusieurs principes directeurs contenus dans le règlement.

691. Le règlement Bruxelles I, d'après la jurisprudence continue de la Cour de Justice, exige un lien étroit entre le lieu du for et le délit, ainsi qu'entre l'acte illicite et le dommage. De plus, il exige que la localisation des tribunaux aptes à se déclarer compétents selon ses dispositions soit raisonnablement prévisible pour le défendeur.⁶⁴³ Adopter le critère de la disponibilité dans l'application de 5.3 RB, et rendre ainsi potentiellement et simultanément compétents les tribunaux situés dans chacun des États dans lesquels un site Internet est disponible irait à l'encontre de l'esprit de la disposition.

692. Il ne fallait pas non plus oublier que les fors prévus à l'art. 5.3 RB doivent être considérés de façon restrictive, car ils sont une dérogation spéciale à l'établissement principal de la compétence au lieu du domicile du demandeur trouvée dans l'art. 2.⁶⁴⁴ Le besoin de prévisibilité contenu dans le règlement Bruxelles pousserait donc à une prise en compte d'éléments du type *targeting*.⁶⁴⁵

693. D'après Daniel Arthur LAPRÈS, l'absence de *targeting* dans le test de compétence était de plus une contravention aux droits fondamentaux, et notamment à l'article 6 CEDH. Celle-ci garantissant au défendeur un procès équitable, elle interdirait toute manœuvre juridique visant à alourdir de façon exagérée le fardeau incombant à cette partie. L'auteur proscrit toute multiplication de fors, ainsi que tout exercice de la compétence de la part d'un tribunal qui n'aurait aucun lien avec le fond du litige. L'exigence d'un *targeting test* au stade de la compétence serait alors plutôt indiquée.⁶⁴⁶

694. Un troisième argument, peut-être plus technique, allait également dans ce sens. Nous avons vu plus haut que, dans la deuxième partie de l'arrêt *Shevill*, la Cour de Justice considérait que l'appréciation d'un dommage suffisant causé par une diffamation n'était pas une notion autonome. Au contraire, elle était encore laissée à chacune des cours des États contractants. En l'espèce, la cour laissa aux tribunaux anglais le droit de présumer ce dommage du moment qu'une publication était

⁶⁴³ MARIE-ÉLODIE ANCEL, Concurrence déloyale sur Internet : la compétence juridictionnelle perd pied, *op. cit.*, p. 31; EDOUARD TREPPOZ, Note sur les arrêts Gep et l'Oreal, *Rev. Crit. DIP* 97 (2) (2008), p. 322ss, spec. p. 336. Voir également *CJCE*, 11.01.90, Dumez France SA c. Hessische Landesbank, RJ 1990 p. I-00049, par. 17-18 et 21, *CJCE*, 17.06.92, Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécanico-chimiques des surfaces SA, RJ 1992 p. I-03967, par. 18, *CJCE*, 10.06.04, Kronhofer c. Maier, affaire C-168/02, RJ 2004 p. I-06009, par. 20.

⁶⁴⁴ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *op. cit.*, par. 172; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-031.

⁶⁴⁵ MARIE-ÉLODIE ANCEL, Concurrence déloyale sur Internet : la compétence juridictionnelle perd pied, *op. cit.*, p. 31; OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p. 637-639 et 642-644; PETER MANKOWSKI, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation, *op. cit.*, p. 209-210; EDOUARD TREPPOZ, Note sur les arrêts Gep et l'Oreal, *op. cit.*, p. 337-338, FRANÇOIS KNOEPFLER, Aspects de droit international privé, *op. cit.*, p. 88-89; MICHEL VIVANT, Le commerce électronique, défi pour le juge, *D. 10* (2003), p. 674ss, spec. 675.

⁶⁴⁶ DANIEL ARTHUR LAPRÈS, L'exorbitante affaire Yahoo !, *JDI* 4 (2002), p. 988-992. Cet auteur dresse un parallèle directe entre l'exigence de procès équitable découlant de l'article 6 CEDH et celle découlant du *due process* américain. Dans ce contexte, il serait adéquat de transposer une exigence de *targeting* dans la jurisprudence européenne.

prouvée, comme dans leur droit interne. Il était alors plausible que cette question de la qualification du dommage puisse être une porte ouverte à une appréciation d'éléments du type *targeting* de la part des cours étatiques. Cela aurait pu être une solution à ce dilemme, qui verrait alors des éléments de *targeting* entrer dans la structure de 5.3 RB via la pratique continue des tribunaux européens.⁶⁴⁷

695. Au niveau jurisprudentiel, l'emploi du *targeting* au sein de l'article 5.3 du règlement Bruxelles I a eu une certaine importance. Comme exemple, nous vous renvoyons à notre chapitre sur la France, qui décrit comment ce critère gagna peu à peu les tribunaux de ce pays, sous l'impulsion de la Cour d'Appel de Paris⁶⁴⁸ et, très récemment, de la Cour de Cassation elle-même.⁶⁴⁹ En dehors des pays étudiés dans ce travail, le *targeting* semble gagner également de l'importance dans le monde européen. La Belgique, ainsi que l'Allemagne,⁶⁵⁰ par exemple, semblent aussi entrer dans cette tendance.⁶⁵¹

3) Conclusion

696. Accessibilité, ou *targeting* ? *eDate*, comme nous le verrons, a mis fin à ce débat. Mais la mise en évidence rétrospective de cette discussion nous a montré que cette solution ne s'imposait pas forcément, et que la texture ouverte de *Shevill* a permis aux auteurs et aux tribunaux d'adopter l'une ou l'autre de ces solutions.

C) Le principe de la mosaïque

697. Dans la structure posée par *Shevill*, seul le tribunal du lieu de l'établissement du défendeur est compétent pour traiter de l'entier du dommage international. Ceux situés dans chacun des États touchés par la publication ne le sont qu'à hauteur du dommage subi au sein de leur juridiction. Le demandeur pourra choisir de saisir uniquement le premier de ces lieux, ou opter pour fractionner son litige en autant d'actions qu'il y a d'États touchés par ce dommage.⁶⁵² Deux effets de ce principe dit de la mosaïque nous intéresseront ici.⁶⁵³

⁶⁴⁷ YOUSEPH FARAH, Jurisdictional Aspects of Electronic Torts, in the Footsteps of Shevill Press Alliance SA, C.T.L.R. 2005, 11(6), p. 196ss, spec. p. 198-200. Cet auteur est en faveur de l'application du principe de l'accessibilité à la diffamation par Internet. Son argumentation repose cependant sur le fait que l'arrêt *Shevill* n'occupe qu'une partie minime de l'analyse étatique de la compétence. En conséquence, ce sont les règles nationales sur la nature des actes illicites qui guident l'analyse. Il note aussi que c'est par ce mécanisme que des éléments de *targeting* sont venus s'immiscer dans certains arrêts portant sur la propriété intellectuelle.

⁶⁴⁸ Voir *supra* p. 159ss.

⁶⁴⁹ Voir *supra* p. 158-159.

⁶⁵⁰ Voir p. ex. *BGH* 30.03.06, Arzneimittelwerbung im Internet, (arrêt Doc Morris), I ZR 24/03.

⁶⁵¹ Voir p. ex. BERTEL DE GROOTE, Droit International Privé : Questions de Conflits et de Juridictions, 36 R.D.T.I. (2009), p. 161ss.

⁶⁵² PETER MANKOWSKI, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation, *op. cit.*, p. 192-194.

⁶⁵³ Cet aspect de la matière n'étant pas modifié par la jurisprudence *eDate*, nous laissons cette section telle quelle. Nous tenons également à préciser ici que cette discussion ne prendra pas directement en compte le débat, décrit plus haut, sur l'emploi du critère de l'accessibilité ou celui du *targeting test* dans l'analyse du

698. Le premier enjeu tient au fractionnement du dommage, alors réparti au sein de chacun des États touchés par une diffamation. Le problème est que, lorsque la publication est d'envergure globale, les juridictions compétentes simultanément sont multipliées, ce qui amène plusieurs problèmes. Le *forum shopping* devient possible, mais aussi un harcèlement par voie de procédures multiples parallèles lancées à l'encontre du défendeur. Enfin, un risque de décisions multiples et contradictoires est également présent.⁶⁵⁴

699. Cette réflexion nous amène sur notre second point. Ce fractionnement du dommage produit des effets au-delà de la compétence proprement dite et influe indirectement sur le choix du droit applicable. Nous avons mentionné ce mécanisme lors de notre section consacrée au droit applicable anglais : lorsqu'un demandeur limite ses prétentions au dommage national, les juges considèrent naturellement qu'il s'agit d'un litige de portée locale, et appliquent la *lex fori* sans autres considérations.⁶⁵⁵ Le principe de la mosaïque présuppose donc également un fractionnement des droits applicables en faveur des lois de chacun des États touchés par le message diffamatoire.

D) Conclusion

700. Dans cette section, nous avons montré que, jusqu'en 2011, l'adaptation de l'article 5.3 RB à notre problématique était soumise à d'importantes incertitudes. Pendant cette période, le seul élément véritablement stable de l'approche européenne était la formulation classique de *Shevill* proposant ces deux fors à choix. Cela explique pourquoi les jurisprudences nationales ainsi que la doctrine ont pu faire preuve d'autant d'innovation, notamment avec le développement de l'approche du *targeting*. En bref, le droit communautaire pré-*eDate* était un cadre propice à l'expérimentation, qui n'attendait qu'une cristallisation des diverses approches trouvées. L'arrêt *eDate*, vers lequel nous allons maintenant nous tourner, réserva à cet effet de grandes surprises.

lieu du dommage. Il est certes vrai que certains des effets dus au fractionnement du dommage international pourraient être atténués par l'emploi d'une prise en compte plus flexible de l'ubiquité de la parution via Internet. Nous réservons cependant ces réflexions qualitatives pour notre partie analytique.

⁶⁵⁴ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *op. cit.*, pars. 219-220; TREVOR C. HARTLEY, Hartley on The Problem of Libel Tourism, Rome II and Defamation: Online Symposium; NICHOLAS DALTON / JEAN-PHILIPPE HUGOT, The Universal Jurisdiction of French Courts in Civil and Criminal Cases: the Road to Digital Purgatory?, 13 (3) Ent. L. R. (2002), p. 49ss, p. 54; BERNHARD MAIER, How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?, *op. cit.*, p. 149-151 (souligne néanmoins que les cas pratiques de *forum shopping* seront relativement rare dans la pratique); DOUGLAS W. VICK / LINDA MACPHERSON, Anglicizing Defamation Law in the European Union, 36 Va. J. Int'l L. (1996), p. 933ss, spec. p. 985-988; ANGELA MILLS WADE, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium.

⁶⁵⁵ Voir *supra* p. 86, ainsi que ANGELA MILLS WADE, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium.

§ V. La nouvelle jurisprudence communautaire : l'arrêt eDate

A) Contexte des litiges

701. L'arrêt *eDate*⁶⁵⁶ concernait deux litiges distincts, l'un soumis par le *Bundesgerichtshof* allemand et l'autre par le Tribunal de Grande Instance de Paris, joints par la CJUE dans une procédure unique.

702. Le premier litige⁶⁵⁷ concernait un jugement pénal allemand datant de 1993 condamnant X, domicilié en Allemagne et dont le nom n'avait pas été révélé, à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour le meurtre d'un acteur. EDate Advertising, une société établie en Autriche, avait rédigé un article faisant part de ce jugement en mentionnant le nom complet du condamné et l'avait placé jusqu'en 2007 sur son site de dépêches nommé « *rainbow.at* ». ⁶⁵⁸ Relâché sous condition de mise à l'épreuve en 2008, X entra en contact avec la firme et lui somma de ne plus traiter de cette affaire et, surtout, de ne plus le mentionner nommément dans le cadre de ses publications. eDate Advertising n'ayant pas réagi, X intenta action devant les cours allemandes sur la base d'une atteinte à la personnalité afin d'obtenir un ordre injonctif. Devant les deux cours inférieures, ainsi que devant le *Bundesgerichtshof*, la firme défenderesse contesta la compétence des tribunaux allemands. ⁶⁵⁹

703. Le second cas d'espèce⁶⁶⁰ concernait l'acteur français Olivier Martinez, qui fut l'objet d'un article détaillant certains aspects de sa vie privée se trouvant sur la version en ligne du journal britannique *The Sunday Mirror*. ⁶⁶¹ Il intenta action devant ses cours nationales, soit les cours françaises, pour atteinte à la personnalité et la société défenderesse contesta similairement le bien-fondé de la compétence. ⁶⁶² Dans son jugement, la CJUE dut trancher deux questions distinctes posées par chacune des cours, l'une traitant de la compétence judiciaire et l'autre du droit applicable. Nous nous concentrerons ici sur la première facette du jugement et traiterons de la seconde dans la section appropriée de ce chapitre.

B) Le jugement de la Cour de Justice

704. La question que devait trancher la CJUE au niveau de la compétence était celle de l'interprétation de l'article 5.3 du règlement Bruxelles 1 lorsqu'il est question d'atteintes à la personnalité commises via Internet. Les deux cours nationales

⁶⁵⁶ CJUE, 25.08.11, *eDate Advertising GmbH c. X*, Affs C-509/09 et C-161/10 (ci-après : *eDate c. X*). Nous ferons également référence aux conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villallón précédant le jugement, *Conclusions de l'avocat général*, 29.03.11, *eDate Advertising GmbH c. X*, Affs. C-509/09 et C-161/10 (ci-après : *Conclusions de l'avocat général*).

⁶⁵⁷ Aff. C-509/09.

⁶⁵⁸ <www.rainbow.at>.

⁶⁵⁹ *eDate c. X*, pars. 15-24.

⁶⁶⁰ Aff. C-161/10.

⁶⁶¹ <<http://www.mirror.co.uk>> (dernière visite le 25.06.12).

⁶⁶² *eDate c. X*, pars. 25-30.

s'interrogeaient notamment sur la possibilité de soumettre la compétence donnée au lieu du résultat de l'atteinte à l'examen d'un *targeting test* pouvant prendre en compte la destination géographique du site examiné.⁶⁶³ Comme nous l'avons vu ci-dessus, cette question était jusque-là restée ouverte au niveau communautaire, menant à une incertitude généralisée sur les standards à appliquer.⁶⁶⁴

705. La cour commença par rappeler sa jurisprudence *Shevill* selon laquelle, en matière de diffamation, l'art. 5.3 RB devait être interprété comme octroyant la compétence aux cours situées au lieu de l'établissement du défendeur pour l'entier du dommage subi, ainsi qu'aux cours situées dans chacun des lieux dans lequel la publication a été diffusée et dans lequel la victime prétend avoir subi un dommage à sa réputation, pour la part des dommages afférente à cet État.⁶⁶⁵ De cela, elle construisit une réflexion en trois temps. Elle s'interrogea d'abord sur la nature de la publication par le réseau Internet, afin de déterminer si elle était suffisamment distincte de celle des autres médias pour nécessiter une adaptation de cette jurisprudence. Arrivant à la conclusion que cela était le cas, la cour modifia la formule trouvée dans *Shevill* en y adjoignant un nouveau for compétent pour l'entier du dommage, situé au lieu du centre des intérêts de la victime. Enfin, au-delà de cette innovation, elle confirma que les fors instaurés par cette jurisprudence traditionnelle devaient se maintenir tels quels même dans le contexte d'Internet. Chacune des étapes de la réflexion de la Cour de Justice appelant à des commentaires spécifiques, nous les présenterons séparément. Nous nous limiterons ici à faire quelques commentaires généraux sur l'arrêt en tant que tel, et gardons notre critique de ses solutions pour notre partie analytique.

1) *Nature et spécificité de la publication par Internet*

706. Utilisant *Shevill* comme point de départ, la cour commença par relever que cet arrêt avait été rendu dans le contexte d'une diffamation commise par le biais de la distribution transfrontalière d'un journal papier. Or, l'analogie entre ces faits et la publication permise par Internet n'était pas certaine. Afin de juger de l'adéquation de sa jurisprudence passée avec cette technologie, elle examina donc les caractéristiques saillantes du réseau en tant que média.

707. Elle considéra en premier lieu que la publication par Internet était caractérisée par une ubiquité géographique et temporelle qui était absente des médias traditionnels. A cela s'ajoutait un manque de contrôle de l'éditeur sur la portée de sa publication :

⁶⁶³ *Ibid.*, par. 24 et 29. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la formulation de la question préjudicielle venant de la part de la cour française, trouvée au par. 29 de l'arrêt, fait écho au *targeting test* pratiqué dans ce pays. Elle reprend en effet le terme de « *lien de rattachement suffisant, substantiel ou significatif* ». Pour notre analyse de ce critère au sein de la jurisprudence française, voir *supra* p.161.

⁶⁶⁴ Voir *supra* p. 188ss.

⁶⁶⁵ Pour notre présentation de *Shevill*, voir *supra* p. 185ss.

« [...] la mise en ligne de contenus sur un site Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle. ». ⁶⁶⁶

Elle en conclut que le critère de la diffusion du message dommageable, pourtant une notion clé de la jurisprudence *Shevill* lors la détermination du lieu du résultat de l'atteinte, perdait grandement en valeur descriptive lorsque confronté à Internet. Non seulement la diffusion d'un contenu par le réseau était par nature transnationale et diffuse, mais de plus le manque de suivi sur la destination de ce contenu rendait la localisation et la quantification de cette diffusion bien moins fiable. ⁶⁶⁷

708. La cour releva en second lieu que cette même ubiquité caractéristique d'Internet exacerbait sa capacité à causer de graves dommages à la réputation d'une victime sur le plan transnational. Etant donnée la rapidité avec laquelle circulent les informations présentes sur la toile, tout article portant atteinte à la réputation d'une personne pouvait se voir consulté par une multitude de lecteurs situés dans plusieurs pays différents. La nature même d'Internet comportait donc un danger aggravé pour la réputation des personnes. ⁶⁶⁸

709. Sur la base de ces deux arguments contrastés, la Cour de Justice accepta l'exceptionnalité d'Internet et conclut que la jurisprudence *Shevill* se devait d'être adaptée pour mieux y faire face. ⁶⁶⁹ Sur ces points, ses conclusions rejoignent celles que nous avons développés dans ce travail. Soit, qu'une analogie directe entre la presse papier et Internet était malvenue, notamment parce que son mode de publication est transfrontalier, instantané et ne permet pas au fournisseur de contenu de déterminer *ex ante* quelles personnes vont consulter son contenu. ⁶⁷⁰

710. Cela dit, nous estimons que l'analyse trouvée dans *eDate* est lacunaire sur deux points. Le premier point est le phénomène de l'élargissement vertical de la publication. Comme discuté plus haut, Internet fait que la publication à l'échelle transnationale n'est plus l'apanage des éditeurs et organes de presses ayant les ressources, tant financières qu'intellectuelles, nécessaires pour imprimer et distribuer un document dans plusieurs pays. ⁶⁷¹ Formant le paysage journalistique du réseau se trouvent également des éditeurs de petite ou de moyenne envergure, qui peuvent aller de l'adolescente parlant de ses passions au professeur universitaire exploitant un blog juridique pour informer ses collègues étrangers. Et, comme le démontre la

⁶⁶⁶ *eDate c. X*, par. 45.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, par. 46.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, par. 47.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, par. 48.

⁶⁷⁰ Voir *supra* p. 27ss.

⁶⁷¹ Voir *supra* p. 29.

récente affaire française *Ministère Public c. Weiler*,⁶⁷² ces nouveaux types d'éditeurs sont concernés au même titre que les éditeurs professionnels par les répercussions géographiques de leurs activités sur le web. Dommage donc, qu'ils ne soient aucunement mentionnés par la cour.

711. Le deuxième point que nous aurions voulu trouver dans l'arrêt est une prise en compte des technologies de géolocalisation, qui, rappelons-le, permettent aux fournisseurs de contenu d'identifier la provenance géographique de leurs visiteurs et de leur interdire l'accès si nécessaire.⁶⁷³ *eDate* fait l'impasse sur le rôle, pourtant capital, que peuvent jouer ces technologies pour limiter la portée géographique d'une ressource mise en ligne. En ce sens, on peut douter de l'exactitude des considérants de la Cour de Justice lorsqu'elle estime que la diffusion d'un contenu sur Internet se situe « *en dehors du contrôle* » de son éditeur, « *indépendamment de toute intention* ». ⁶⁷⁴ Ces moyens de contrôle, même s'ils sont encore imparfaits et inégaux, existent bel et bien. Ils auraient au moins mérité une mention, voire une prise en compte.

712. Ces deux faiblesses étant exposées, il nous faut enfin toucher quelques mots sur l'avis de l'avocat général VILLALÓN ayant précédé le jugement. Même si également lacunaire sur ces deux points, sa discussion sur la nature d'Internet fut plus détaillée que celle de la cour. Notamment, il mentionna une différence supplémentaire avec les médias traditionnels, soit le fait qu'Internet n'était pas soumis à un pouvoir politique précis et central, ce qu'il qualifia de « *dérégulation matérielle* ». A cette dérégulation, estima-t-il, « *s'ajoute la fragmentation en matière de conflits, amalgame épars d'ordres juridiques nationaux avec leurs dispositions de droit international privé respectives, qui peuvent se superposer et rendre difficile tout rapprochement des règles applicables à un litige précis.* ». ⁶⁷⁵ Par ces arguments, l'Avocat Général a saisi qu'un enjeu important derrière *eDate* : la question de la compétence territoriale sur un site Internet masquait également celle du choix du droit matériel applicable au contenu disponible sur le réseau.

2) *Nouveau for situé au lieu du centre des intérêts de la victime*

713. Ayant conclu qu'Internet se démarquait suffisamment pour nécessiter une approche spécifique, la cour entreprit une modification de sa jurisprudence *Shevill*. Celle-ci prit la forme de l'adjonction d'un nouveau for compétent pour l'entier du dommage et situé au lieu du centre des intérêts de la victime. L'emplacement géographique de ce lieu devait correspondre « *en général à sa résidence habituelle. Toutefois, une personne peut avoir le centre de ses intérêts également dans un État membre*

⁶⁷² *Tribunal de Grande Instance de Paris, 17ème chambre, 03.03.11., Ministère public c. Weiler, aff. 0718523043.* Dans cette affaire, un professeur de droit de New York fut attiré en France en diffamation pénale sur la base d'une critique négative, postée sur un site de recherche académique, de l'ouvrage d'une auteure israélienne. Pour un résumé plus complet, voir *supra* p. 10, note 34.

⁶⁷³ Voir *supra* p. 31ss.

⁶⁷⁴ *eDate c. X*, par. 45.

⁶⁷⁵ Conclusions de l'avocat général, par. 45.

où elle ne réside pas de manière habituelle, dans la mesure où d'autres indices tels que l'exercice d'une activité professionnelle peuvent établir l'existence d'un lien particulièrement étroit avec cet État ». ⁶⁷⁶

714. La Cour justifia cette construction par deux moyens. D'abord, les tribunaux situés en ce lieu, au regard de leur proximité avec la réputation de la victime, sont les mieux placés pour traiter d'une atteinte dirigée à l'encontre de celle-ci. ⁶⁷⁷ Ensuite, la détermination géographique de ce for est suffisamment prévisible pour le fournisseur de contenu, car il lui suffit d'identifier, au moment de la mise en ligne de son article, le lieu de l'activité principale de la personne mentionnée pour savoir où il pourra être attiré. Ce nouveau chef de compétence est donc, d'après la cour, équilibré et prévisible pour les deux parties. ⁶⁷⁸

715. Il est intéressant de comparer cette solution avec la proposition de l'Avocat Général VILLALÓN. Dans celle-ci, il était également question d'instaurer un nouveau chef de compétence placé au lieu de l'activité principale de la victime. Mais celui-ci ne se justifiait que si que le fournisseur de contenu pouvait raisonnablement et objectivement prévoir que sa publication puisse susciter un intérêt méritant publication en ce lieu. Pour déterminer si cela était le cas, il fallait examiner le contenu matériel de l'article ainsi que son intérêt possible aux yeux du public de la juridiction examinée ; on pouvait également s'aider d'indices tels que la langue du site, les TLD employés, ou la rubrique régionale dans laquelle se trouvait l'article. Dit plus simplement, cette proposition rajoutait un *targeting test*. ⁶⁷⁹ Ces considérations n'ont pas survécu dans le jugement de la Cour de Justice.

3) *Maintien des fors traditionnels et rejet du targeting*

716. La Cour considéra le nouveau for décrit ci-dessus non pas comme un substitut aux chefs de compétence déjà prévus par l'arrêt *Shevill*, mais comme un complément. Ainsi, la victime pourra toujours s'adresser aux tribunaux du lieu de l'établissement de l'éditeur pour l'intégralité du préjudice, ainsi qu'à chacun des tribunaux situés dans les États de réception de la communication pour la part du dommage y relative. En ce qui concerne la compétence placée au lieu du résultat, la cour précisa que celle-ci était justifiée dès le moment où « un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été » sur le territoire de la juridiction concernée. ⁶⁸⁰ Par ces termes, elle adopta donc une approche fondée sur l'accessibilité d'un site, rejoignant la pratique anglaise que nous avons présentée dans notre étude. ⁶⁸¹

⁶⁷⁶ *eDate c. X*, par. 49.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, par. 48.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, par. 50.

⁶⁷⁹ Conclusions de l'avocat général, pars. 62-66.

⁶⁸⁰ *eDate c. X*, par. 51.

⁶⁸¹ Voir *supra* p. 59ss.

C) Conclusion

717. S'il nous est permis d'anticiper quelque peu sur la mise en commun des tendances examinées lors de notre étude, nous considérerons d'emblée que l'arrêt *eDate* est une surprise, un coup de tonnerre venant frapper ce que nous avons constaté jusqu'à présent. Il crée un nouveau for placé à un point de focalisation unique. Il maintient la structure de *Shevill*, et y appose le principe de l'accessibilité, alors que nous avons vu que même l'Angleterre cherche actuellement à s'en défaire par la voie d'une réforme législative.⁶⁸² Enfin, il ignore sciemment le *targeting test*, que nous avons pourtant vu s'intégrer dans la pratique américaine et française. Comme *eDate* est désormais la jurisprudence en vigueur dans toute l'Europe, notre partie analytique se devra donc d'intégrer les considérations trouvées dans cet arrêt, et de les réfuter pour les besoins de notre proposition de *targeting test*. Le seul réel élément de concordance de *eDate* avec nos chapitres précédents, c'est bien cette discussion sur la nature d'Internet qui a permis une remise en question des critères traditionnels de compétence. Dommage, donc, que celle-ci n'ait pas abouti sur une solution plus ambitieuse et actuelle.

§ VI. Le processus de révision du règlement Bruxelles I

A) Introduction

718. Si *eDate* concentrera dès maintenant la pratique européenne autour d'un étalon unique, il se peut que cet arrêt ne soit pas le dernier mot en la matière. Depuis 2010, le législateur communautaire est en train d'élaborer une nouvelle version amendée du règlement Bruxelles I.⁶⁸³ Les éléments principaux de cette révision sont les suivants :

⁶⁸² Voir *supra* p. 92.

⁶⁸³ *Commission Européenne*, 14.12.10, Proposition de règlement du Parlement et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Refonte) SEC(2010) 1547 final / {SEC(2010) 1548 final, COM(2010) 748 final (ci-après : Proposition de règlement). Voir le document de travail y relatif, disponible en anglais seulement : *Commission Européenne*, 14.12.10, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) SEC(2010) 1547 final / SEC(2010) 1548 final, SEC(2010) 1547 final (ci-après: Document de travail). Voir aussi son erratum, *Commission Européenne*, Information note on the errors in documents COM(2010) 748 final and SEC(2010) 1547 final.- Pour l'étude externe finale, voir *Centre for Strategy & Evaluation Services*, 17.12.10, Data Collection and Impact Analysis – Certain Aspects of a Possible Revision of Council Regulation No. 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters ('Brussels I'). Enfin, pour déjà quelques commentaires doctrinaux sur cette proposition, voir CATHERINE KESSEDJIAN, Commentaire de la refonte du règlement num. 44/2001, 47 (1) RTDeur, p. 117ss; JOHANNES WEBER, Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/7.

- L'abolition de la procédure d'exéquatur.⁶⁸⁴
- L'inclusion des défendeurs non-domiciliés dans un État Membre au champ d'application du règlement.⁶⁸⁵
- L'amélioration des règles sur l'élection de for.⁶⁸⁶
- L'amélioration du lien entre le règlement et le domaine de l'arbitrage.⁶⁸⁷

On peut dès lors se poser la question de la place d'une éventuelle révision de l'article 5.3 RBI, voire de son éventuelle adaptation aux écueils de notre problématique dans le cadre de cette refonte. Cette section montrera que le législateur européen est encore en proie à de sévères hésitations qui se traduisent par une sorte de « ping-pong » législatif entre les divers organes de l'Union. Nous relaterons de façon chronologique les diverses étapes du processus, en pointant du doigt ces oppositions ; cela nous mènera à conclure qu'il est difficile de prévoir aujourd'hui quelle sera la teneur finale du règlement, et qu'il est plus réaliste de se concentrer sur la solution en vigueur aujourd'hui, soit la jurisprudence *eDate*.

B) *Le processus de consultation*

719. Dans le rapport SCHLOSSER de 2007,⁶⁸⁸ les rapporteurs mentionnèrent que l'application indéterminée de *Shevill* aux délits commis par Internet pouvait soulever des problèmes de multiplicité de juridictions compétentes, de manque de prévisibilité, et de risque d'atteintes à la liberté d'expression.⁶⁸⁹ Cependant, ils furent de l'avis que le principe de la mosaïque était déjà en soi une limite convenable à l'exercice de la compétence des tribunaux. Ils estimèrent également que l'on pouvait faire confiance à ces derniers pour appliquer et adapter *Shevill* de façon appropriée et raisonnable. Ils conclurent qu'il n'était, dans l'immédiat, pas nécessaire de modifier ou d'amender l'article 5.3 RBI. Ils notèrent enfin qu'aucun des rapports nationaux n'avait fait de demandes en cette direction.⁶⁹⁰

720. Cette opinion fut partagée par la Commission Européenne lors de la suite de la procédure. Dans son rapport, et dans le livre vert l'accompagnant, elle ne

⁶⁸⁴ Proposition de règlement, par. 3.1.1, Document de travail, par. 2.1ss. A noter que le domaine de la diffamation conservera la procédure d'exéquatur actuelle, le sujet étant trop divisif pour permettre une entente politique à son sujet.

⁶⁸⁵ Proposition de règlement, par. 3.1.2; Document de travail, par. 2.2ss.

⁶⁸⁶ Proposition de règlement, par. 3.1.3; Document de travail, par. 2.3ss.

⁶⁸⁷ Proposition de règlement, par. 3.1.4; Document de travail, par. 2.4ss.

⁶⁸⁸ BURKHARD HESS / THOMAS PFEIFFER / PETER SCHLOSSER, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03 (2007).

⁶⁸⁹ *Ibid.*, par 214.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, par. 215.

mentionna aucunement l'article 5.3 RBI ni la jurisprudence *Shevill* en tant qu'un point important à débattre.⁶⁹¹

721. En revanche le Parlement Européen, lors de la procédure de consultation, se montra plus sensible à cette problématique. Estimant qu'il était important de freiner le trop-plein juridictionnel de certains États Membres lors de l'application de l'art. 5.3 RBI, il proposa un adoucissement de la jurisprudence *Shevill*. Pour que la compétence du lieu du résultat soit fondée, il ne suffisait plus de constater que le dommage était présent dans la juridiction du lieu du for, car une telle solution menait à des prises de compétences exorbitantes. Il fallait une condition supplémentaire, qui serait par hypothèse l'exigence d'un lien « *suffisant, substantiel ou significatif* » entre celui-ci et le litige.⁶⁹² Ces termes ne sont pas anodins, car ils renvoient directement à la pratique française du *targeting test* menée par la Cour d'Appel de Paris en matière d'actes illicites commis par Internet.⁶⁹³ Le rapport de cette institution proposa également de lancer un débat sur la possible incorporation d'un test de *forum non conveniens* à l'anglaise dans le cadre du règlement Bruxelles I.⁶⁹⁴

C) *La proposition de règlement révisé de la Commission Européenne*

722. Aucune de ces considérations ne se retrouve dans la partie matérielle de la proposition de la Commission. L'article 5.3 n'est pas amendé,⁶⁹⁵ et l'idée d'un *forum non conveniens* européen n'a pas non plus été reprise. Formellement, donc, cette nouvelle mouture du règlement de Bruxelles I n'apportait pas de changement direct.

723. Cependant, la Commission Européenne n'a pas été complètement insensible aux arguments soulevés par le Parlement. Elle traita indirectement cette question en la mentionnant dans un amendement au point 12 des considérants préliminaires au règlement. La nouvelle teneur de ce texte, désormais trouvé au point 13, se présente ainsi :

« Le for du domicile du défendeur doit être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter une bonne administration de la justice. L'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique en évitant que le défendeur soit attiré devant une juridiction d'un État membre qui n'était pas raisonnablement prévisible pour lui. Cet aspect est

⁶⁹¹ *Commission Européennes*, 21.4.09/22.4.09, Rapport et Livre Vert sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(2009) 0174 final et COM(2009) 0175 final.

⁶⁹² *Parlement Européen*, 07.09.10, Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur la mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, P7_TA-PROV(2010) 0304, par. 25.

⁶⁹³ Voir *supra* p. 161.

⁶⁹⁴ *Parlement Européen*, 07.09.10, Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010, *op. cit.*, par. 14.

⁶⁹⁵ Proposition de règlement, p. 24. Dans la proposition de règlement révisé, le chef de compétence spécial afférant aux actes illicites a été déplacé à l'article 5.2, et a subi un infime toilettage terminologique. Mais il n'est pas autrement amendé sur son fonctionnement.

important, en particulier dans les litiges concernant les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, notamment la diffamation. »⁶⁹⁶

Bien que timide, ce considérant révisé est un pas en avant. En reconnaissant spécifiquement le problème posé par la diffamation globale et les atteintes à la personnalité en général, ainsi qu'en exigeant un lien étroit entre le lieu du for et un litige, elle aurait permis d'imaginer une approche plus souple à l'aune de l'article 5.3 RBI.

D) *Le projet de rapport de la Commission Juridique du Parlement Européen*

724. Le dernier texte en date, soit le projet de rapport de la Commission Juridique du Parlement Européen établi par Tadeusz ZWIEFKA, procède à un nouveau revirement : cet ajout au considérant 13 a été retiré, au motif que « *La référence à un type particulier de litige n'est ni justifiée, ni nécessaire.* ».⁶⁹⁷ La version révisée actuelle du règlement Bruxelles I n'apporte donc pas d'avancée en rapport avec le problème de la diffamation par Internet au niveau de la compétence.

E) *Conclusion*

725. A chaque étape du processus législatif de révision du règlement Bruxelles I, notre question est traitée différemment : exclusion, puis prise en compte plus ou moins minime, et enfin retour à une exclusion. Difficile, dans ces conditions, de prévoir ce que le texte final du règlement révisé nous apportera. A notre avis, le rejet apporté en dernier lieu par la Commission Juridique du Parlement Européen devrait logiquement l'emporter, pour deux raisons. D'une part, ce débat est maintenant saisi par l'arrêt *eDate*, ce qui diminue le besoin de traiter cette question par la voie législative. De l'autre, les solutions trouvées dans cet arrêt, qui, rappelons-le, font l'impasse sur le *targeting test* lors analyse fondée sur l'article 5.3 RBI, ne permettent pas d'exiger, comme l'a fait la Commission dans sa proposition, un lien qualifié entre le litige et le for. Tout adoucissement en faveur d'un tel test devra donc surmonter la jurisprudence de la Cour de Justice, ce qui nous apparaît comme peu probable.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 15, le soulignement est notre ajout.

⁶⁹⁷ *Parlement Européen*, 28.06.11, Projet sur 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 (refonte), 2010/0383(COD), PE467.046v01-00, p. 7.

§ VII. Le targeting test de la CJUE en matière de contrats de consommation : l'arrêt Pammer

A) Introduction

726. Dans un arrêt *Pammer* rendu en décembre 2010, la CJUE a développé et appliqué l'approche du *targeting* à deux sites Internet, dans le contexte de deux litiges joints ayant trait au domaine des contrats de consommation et des voyages à forfait.⁶⁹⁸ Au moment où il a été rendu, cet arrêt était une possible piste vers un *targeting test* communautaire transposé dans le cadre l'art. 5.3 RB. Cet espoir n'est plus, suite à l'arrêt *eDate* que nous avons analysé ci-dessus.⁶⁹⁹

727. Cependant, l'analyse de *Pammer* conserve sa raison d'être dans notre contexte car le test y effectué reste l'un des piliers de notre recherche de solutions. Après un bref établissement des faits et du contexte juridique de cet arrêt, nous allons décrire les traits saillants version européenne du *targeting test*, que nous reprendrons par la suite dans notre chapitre analytique.

B) Contexte du litige

728. La procédure joignait deux litiges distincts, soumis à la CJUE par l'*Oberster Gerichtshof* autrichienne.

- Dans le premier cas, le consommateur était un ressortissant autrichien, qui avait contracté un voyage à forfait avec une société allemande. Il le fit par l'entremise du site Internet d'une société intermédiaire, elle aussi allemande. Estimant que la prestation ne respectait pas les conditions promises sur le site, il intenta action en remboursement devant la juridiction autrichienne.
- Dans le second cas, un ressortissant allemand avait réservé une chambre dans un hôtel autrichien via le site Internet de ce dernier. Déçu par les prestations offertes, il quitta les lieux sans régler sa facture. La société gérant l'établissement intenta alors action à son encontre, également devant les tribunaux autrichiens.⁷⁰⁰

729. Dans les deux affaires, la compétence des tribunaux autrichiens fut contestée. Cela, au motif identique qu'il n'était pas certain que les prestataires avaient dirigé leur activité commerciale en direction des États de domicile des consommateurs au sens de l'art. 15 al. 1 lit c) RB. Le seul indice à cet effet était la présence de leurs sites publicitaires.

⁶⁹⁸ CJUE, 07.12.10, Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH, Affs. C-585/08 et C-144/09, RJ 2010, p. I-12527.

⁶⁹⁹ Voir *supra* p. 194ss.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, par. 14-32.

730. La question préjudicielle à laquelle devait répondre la CJUE était la suivante : en matière de sites Internet, comment devait-on interpréter l'exigence d'une activité « dirigée vers » un État, au sens de l'art. 15 al. lit c) RB ? Est-ce que la simple disponibilité d'un site publicitaire suffisait ou fallait-il exiger un lien supplémentaire ? Et, si oui, quels étaient les critères formant ce lien ?⁷⁰¹

C) *Etablissement d'un targeting test*

731. En premier lieu, la cour rejeta le critère de l'accessibilité. Lorsqu'il était question de presse papier, de radio ou de télévision, elle releva que la simple présence de publicités dans un État était un signe de la volonté d'une activité commerciale dirigée vers celui-ci. La distribution de celles-ci était un acte positif, réfléchi et coûteux, qui traduisait la volonté d'implanter l'entreprise dans l'esprit des ressortissants de cet État.⁷⁰²

732. Cela étant, la cour se refusa à une analogie directe entre ces moyens de communication et Internet, notant son ubiquité ainsi que le caractère inversé de son mode de publication :

*« Cette volonté n'est, en revanche, pas toujours présente dans le cas de la publicité au moyen d'Internet. Ce mode de communication ayant par nature une portée mondiale, une publicité faite sur un site Internet par un commerçant est en principe accessible dans tous les États et, par conséquent, dans l'ensemble de l'Union européenne sans qu'il soit nécessaire d'exposer des dépenses supplémentaires et indépendamment de la volonté du commerçant de cibler ou non des consommateurs au-delà du territoire de l'État membre dans lequel il est établi. »*⁷⁰³

733. En conséquence, l'unique disponibilité d'un site dans une juridiction n'était pas suffisante pour retenir que son activité soit dirigée vers celle-ci.⁷⁰⁴ Il fallait quelque chose de plus, soit « des indices démontrant que le commerçant envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans d'autres États membres, dont celui sur le territoire duquel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec ces consommateurs. ». En d'autres termes, il fallait établir un *targeting test*.⁷⁰⁵ En premier lieu, ce dernier devait se fonder sur les déclarations explicites des prestataires quant à la portée géographique de leurs services.⁷⁰⁶ Mais, pour le surplus, la Cour estima qu'il était également possible de déduire cette intention du commerçant à partir d'indices objectifs, et qu'il n'était pas nécessaire d'apporter une preuve de sa volonté subjective interne.⁷⁰⁷

⁷⁰¹ *Ibid.*, par. 47-54.

⁷⁰² *Ibid.*, par. 64-67.

⁷⁰³ *Ibid.*, par. 68.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, par. 69.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, par. 76.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, par. 80-81.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, par. 82.

734. Ainsi, la cour établit un faisceau d'indices structurels objectifs qu'il fallait également prendre en compte :

« Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices. »⁷⁰⁸

Plusieurs des éléments contenus dans cette liste nous sont déjà connus : la nature de l'activité commerciale du défendeur, la langue, la monnaie, le référencement, et l'utilisation de ccTLD. Nous les avons en effet déjà identifiés dans la jurisprudence française.⁷⁰⁹

735. Ce qui distingue le test effectué par la cour dans cet arrêt tient à la mesure de la valeur de chacun de ces éléments. La langue, la monnaie et le ccTLD ne seront des indices probants que s'ils sont différents de ceux habituellement utilisés dans l'État source du prestataire de service.⁷¹⁰ Le référencement, également, ne sera qu'un indice probant que s'il résulte d'une dépense consentie par le fournisseur de contenu pour être visible sur les moteurs de recherche. Ainsi, nous pouvons concevoir que le site d'une société allemande qui propose ses prix en euros ne sera pas jugé comme dirigeant ses services dans toute l'Europe. Ce ne sera que s'il adapte son site dans des langues d'autres pays européens et qu'il achète un référencement sponsorisé dans les moteurs de recherches locaux à ces pays qu'une intention pourra être retenue.

736. L'une des innovations de ce test est son incorporation des gTLD, soit les terminaisons du type .com. Alors qu'ils sont ignorés ailleurs, car ne désignant pas directement une réalité géographique, ceux-ci sont ici considérés par la Cour comme « neutres », et traduisent une volonté de la part du fournisseur de contenu de toucher un public international. Leur emploi serait donc un indice en faveur d'une activité dirigée vers une pluralité de pays.⁷¹¹

⁷⁰⁸ *Ibid.*, par. 93.

⁷⁰⁹ Voir *supra* p. 162ss.

⁷¹⁰ Pammer c. Schlüter GmbH, par. 84.

⁷¹¹ *Ibid.*, par. 83.

737. Enfin, notablement absent des critères choisis par la CJUE est celui de l'interactivité technique commerciale du site en question, soit le *Zippo test*. Dans ses considérants, la cour l'estima comme superflu, car, quel que soit le niveau d'interactivité offert par le site d'une société, un consommateur aura toujours la possibilité de contracter avec celle-ci dès le moment où une information de contact quelconque lui est disponible.⁷¹² Or, la mise à disposition de cette information est déjà obligatoire pour les services en ligne en vertu de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.⁷¹³ Le *Zippo test* n'était donc qu'une tautologie juridique, qui n'apportait aucune information utile.

738. Par manque d'informations, la cour ne put pas procéder elle-même à l'examen de ce *targeting test*, et renvoya les affaires à la cour autrichienne.

§ VIII. Conclusion sur la compétence

739. Cette section consacrée à l'adaptabilité de l'article 5.3 RBI à la problématique des atteintes à la personnalité par Internet nous a permis de tirer plusieurs conclusions utiles.

740. En premier lieu, il y a bien sûr la place centrale occupée par l'arrêt *eDate*. Adoptant le principe de l'accessibilité, ainsi que modifiant la formule de *Shevill* par l'adjonction d'un surprenant nouveau for, cet arrêt remet en question certains aspects des développements que nous avons observés dans les chapitres précédents. Ses solutions seront donc mentionnées et critiquées lors de notre section analytique.

741. Au-delà d'*eDate*, la section nous a également révélé que ce dernier arrêt n'était pas forcément la seule interprétation de l'article 5.3 RBI. Des arguments permettaient également de militer en faveur d'un *targeting test* au sein de la structure traditionnelle de *Shevill* et une telle solution fut même envisagée au cours du processus de révision du règlement. De plus, la cour elle-même l'adopta dans le domaine des contrats de consommation, ce qui nous touche qu'indirectement, mais assied quand bien même cette pratique du *targeting* en Europe et qui ne manquera pas de nous inspirer pour notre propre solution. Ainsi, nous pouvons conclure que même si *eDate* canaliserait la pratique judiciaire communautaire pour le futur proche, le droit européen nous a également offert d'importantes pistes en faveur d'une approche plus mesurée, que nous considérerons dans la suite de notre travail.

⁷¹² *Ibid.*, par. 77-79.

⁷¹³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOUE L 178/1.

Section III Droit applicable

§ I. Introduction.

A) *Le règlement Rome II et les atteintes à la vie privée. Une impasse législative ?*

742. Depuis le 11 janvier 2009, le règlement Rome II,⁷¹⁴ régissant le droit applicable aux obligations non contractuelles s'applique dans chacun des États de l'Union Européenne. Ce document a pour effet d'harmoniser en grande partie les règles de conflit trouvées au sein de chacun de ces États.⁷¹⁵

743. Du point de vue de notre étude, on ne peut parler de ce règlement qu'en termes d'échec. Faute d'accord entre les divers constituants législatifs de l'Union, la diffamation et les atteintes à la vie privée plus généralement ont été exclues de son champ d'application.⁷¹⁶ Il faudra donc encore se référer aux règles de conflits internes de chacun des États Membres afin de déterminer le droit applicable à une diffamation d'ordre internationale commise via Internet. Pour une présentation des solutions trouvées dans ce contexte, nous vous renvoyons à nos sections dédiées aux pratiques étatiques.⁷¹⁷ Cette fâcheuse situation ne veut pas pour autant dire que le règlement Rome II nous est dénué d'intérêt. Bien au contraire : cette exclusion a été le résultat d'un foisonnement de discussions, de débats, et d'approches tendant à vouloir résoudre le casse-tête politique posé par les atteintes à la vie privée transfrontalières. Même si ces développements ont abouti sur une impasse législative, ils seront une source d'inspiration importante pour la suite de notre travail.

744. De plus, même si cette exclusion perdure encore à l'heure où ces lignes sont écrites, il se peut que cela change dans un futur très proche. Depuis l'adoption du règlement jusqu'à la fin 2011 environ, plusieurs travaux, tant législatifs que doctrinaux, avaient été entamés dans le but de combler cette lacune du règlement. En vain : frappés par le prolongement de ce blocage législatif, ils n'ont, en leur temps, pas porté leurs fruits. Cela étant, l'arrivée de l'arrêt *eDate*, qui apporta de nouvelles considérations touchant aux standards matériellement applicables à l'activité d'un site Internet, s'est révélée comme étant l'impulsion nécessaire pour relancer les efforts du législateur. En Mai 2012, le Parlement Européen a finalement pu proposer

⁷¹⁴ 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»), JOCE L 199/40, art. 32.

⁷¹⁵ Excepté le Danemark, en application de l'art 1 par. 4.

⁷¹⁶ Art. 1, par. 2, lit. g. Pour des précisions sur les contours matériels de l'exclusion, voir ANDREW DICKINSON, *The Rome II Regulation*, Oxford 2010, pars. 3.225-3.228.

⁷¹⁷ Pour une analyse comparée de ces solutions, THOMAS KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, *op. cit.*, p. 75ss.

un modèle d'article venant amender le règlement Rome II.⁷¹⁸ L'impasse législative dans laquelle se situe notre matière jusqu'à présent risque-t-elle d'être vaincue dans un futur proche, ou perdurera-t-elle ? C'est par l'analyse des solutions déjà proposées – ainsi que des réactions qu'elles ont suscitées – que nous pourrions alors répondre à cette interrogation.

B) Plan et délimitation de la matière.

745. Cette section aura donc pour but de recenser les efforts, tant passés que présents, déployés par les organes communautaires afin de trouver une règle de conflit adaptée aux atteintes à la personnalité en général, et à la diffamation transnationale en particulier.

746. Premièrement nous décrirons brièvement le fonctionnement général du règlement Rome II. Certes, aucun de ses articles ne s'applique aujourd'hui directement à notre problématique ; il nous semble cependant nécessaire de dresser, avant toute discussion détaillée, un tableau général des principes trouvés dans ce document. Ensuite, dans un exposé du type chronologique, nous expliquerons pourquoi les atteintes à la vie privée ont été exclues de son champ d'application. Nous verrons comment, lors de l'élaboration de ce document, des dissensions d'ordre juridiques et politiques entre la Commission Européenne et le Parlement ont mené à une impasse législative, et au rejet net de toute proposition de règle de conflit. En troisième lieu, nous ferons état des efforts déployés pour sortir de cette impasse. Nous présenterons l'étude dite *Mainstrat* publiée en 2009 pour le compte de la Commission Européenne,⁷¹⁹ ainsi que le document de travail intermédiaire du Parlement.⁷²⁰ Nous relaterons également la discussion trouvée dans la doctrine qui s'est cristallisée lors d'un symposium organisé en ligne suite à la publication de ce dernier document. Nous conclurons qu'aucun de ces travaux n'a pu aboutir sur une proposition donnant satisfaction.

747. Ceci nous amènera auprès de la cassure opérée en 2011 par l'arrêt *eDate*. Nous verrons comment la Cour de Justice, en se fondant sur la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, a pu déceler une règle impérative fondée sur le fonctionnement du marché intérieur numérique européen et donnant faveur aux standards matériels trouvés dans la loi du lieu de l'établissement du fournisseur de

⁷¹⁸ *Parlement Européen*, 10.05.12, Résolution du Parlement européen du 10 mai 2012 contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), P7_TA-PROV(2012)0200, commenté en *infra* p. 228ss.

⁷¹⁹ *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, Février 2007, JLS/2007/C4/028. Ci-après : Rapport *Mainstrat*.

⁷²⁰ *Commission Juridique du Parlement Européen*, DIANA WALLIS (rap.), 23.05.10, Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), PE443.025v01-00, ci-après « Document de travail de la Commission Juridique ». Pour le second document de travail établi pour le même rapporteur, mais aujourd'hui éclipsé par les travaux actuels du Parlement, voir *Commission Juridique du Parlement Européen*, DIANA WALLIS (rap.), 23.05.11, Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), PE452.555v01-00. Nous ne le traiterons pas dans ce texte.

contenu. Cela nous amènera à considérer les nombreuses incertitudes apportées par cette jurisprudence, et à tenter de saisir les possibles conséquences de cette nouvelle donne sur l'approche communautaire de droit international privé. Finalement, nous étudierons la dernière proposition du Parlement d'amendement du règlement Rome II.

§ II. Aperçu du système du règlement Rome II

748. Notre domaine étant exclu du règlement, nous ne procéderons pas à une analyse poussée des articles contenus dans ce dernier. Mais, afin d'encadrer les débats communautaires en la matière, il nous sera utile de dresser un bref tableau de ses traits saillants. Après deux remarques d'ordre général, nous décrirons la règle de conflit principale trouvée dans ce document.

A) Généralités

749. Une première remarque au sujet de Rome II peut se faire au niveau de son champ d'application. Ce règlement à une vocation universelle, ce qui veut dire qu'il tend à remplacer entièrement les règles de conflit internes des États Membres pour les domaines où il s'applique. Un tribunal d'un État Membre devra l'appliquer même si, par hypothèse, un cas d'espèce n'a que très peu de liens avec l'Union Européenne ou que le droit applicable désigné provient d'un État tiers non membre de l'Union. En ce sens, il n'existe donc pas, comme c'est encore le cas avec le champ d'application du règlement Bruxelles I, de cas « non européens » résiduels qui verraient se voir appliquer des règles de conflit purement étatiques.⁷²¹

750. Une autre caractéristique saillante de ce règlement tient à sa structure double et emprunte d'une forte spécialisation. Au-delà d'un point de rattachement général trouvé dans l'article 4 s'ajoutent diverses dispositions spéciales qui traitent spécifiquement de domaines nécessitant un traitement à part, tels que la responsabilité des faits des produits ou les dommages environnementaux.⁷²²

751. Cette dualité sous-tend l'une des questions centrales posées lors du débat sur les règles de conflit applicables aux atteintes à la vie privée et à la diffamation : ce domaine pourrait-il être adéquatement traité par la disposition générale, ou serait-il plus approprié d'adopter une solution spéciale, taillée sur-mesure? Avant d'aller plus en avant, un examen de la règle générale s'impose donc

⁷²¹ Art. 3. Voir aussi ANDREW DICKINSON, *The Rome II Regulation*, *op. cit.*, pars. 3.294-3.295; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 775-777; THOMAS KADNER GRAZIANO, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*, *Rev. Crit. DIP* 97 (3) (2008), p. 445ss, spec. p. 447-448.

⁷²² Rapport Mainstrat p. 71, LOUIS D'AVOUT, *Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une perspective du système Rome II)*, *D. 24* (2009), p. 1629, spec. p. 1635-1636; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 795; PIERRE MAYER / VINCENT HEUZÉ, *Droit international privé*, 10^{ème} ed., Paris 2010, pars. 679 et 680.

B) *Le rattachement général de l'article 4*

1) *Lex damni*

752. Selon l'article 4, paragraphe 1 du règlement, le droit applicable à une obligation non contractuelle 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.* »

753. En matière de délits complexes, la disposition statue en faveur de la *lex damni*, soit la loi du lieu de la survenance du dommage, et non celle du lieu de la commission de l'acte délictuel. Si le dommage se produit dans une multitude d'États, on appliquera alors la loi de chacun d'entre eux à sa part correspondante du dommage, suivant un principe de mosaïque similaire à celui trouvé dans *Shevill* en matière de compétence.⁷²³ Ce choix, généralement simple et efficace, est tempéré par une exception et une clause échappatoire, que l'on trouve dans les paragraphes 2 et 3 de la disposition.

2) *Exception en faveur de la loi du lieu de la résidence habituelle commune des parties*

754. Si les deux parties ont leur résidence habituelle dans le même État, c'est la loi de ce dernier qui s'appliquera, en exception au principe posé dans l'alinéa 1.⁷²⁴

3) *Clause échappatoire*

755. Selon le paragraphe 3 de cet article 4, « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Cette disposition permet, lorsque ses conditions sont remplies, de s'échapper du carcan posé par les

⁷²³ BERNARD AUDIT, Droit international privé, *op. cit.*, par. 799; LOUIS D'AVOUT, Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une perspective du système Rome II), *op. cit.*, p. 1633-1634 (*moins catégorique cependant au sujet des délits complexes*); ANDREW DICKINSON, The Rome II Regulation, *op. cit.*, pars. 4.69-4.74; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, *op. cit.*, p. 796-798; PIERRE MAYER / VINCENT HEUZÉ, Droit international privé, *op. cit.*, pars. 697-2 et 697-3; LOUIS PERREAU-SASSINE, Les mal-aimés du règlement Rome II : Les délits commis par voie de média, D. 24 (2009), p. 1647ss, spec. p. 1648; THOMAS KADNER GRAZIANO, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, *op. cit.*, p. 456-457 et 476-479; GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, in : PIERRE CATALA / PHILIPPE SIMLER (eds.), Jurisclasseur Civil Code, Art. 1370 à 1386, fasc. 10, 2002-2010, pars. 37-38.

⁷²⁴ Art. 4 par. 2 Rome II. Voir aussi BERNARD AUDIT, Droit international privé, *op. cit.*, par. 799; LOUIS D'AVOUT, Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une perspective du système Rome II), *op. cit.*, p. 1632-1633; ANDREW DICKINSON, The Rome II Regulation, *op. cit.*, pars. 4.80-4.83; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, *op. cit.*, p. 798-799; PIERRE MAYER / VINCENT HEUZÉ, Droit international privé, *op. cit.*, par. 697-4; THOMAS KADNER GRAZIANO, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, *op. cit.*, p. 461-462; GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, par. 39.

paragraphes 1 et 2 et d'élire le droit de l'État le plus proche du litige. Elle n'intervient que de façon exceptionnelle, cependant, et n'opère que lorsqu'un droit est largement et manifestement plus approprié que celui désigné par la règle générale. Comme exemple, le texte de l'article parle « *d'une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question* ». Il ne s'agit donc pas d'un test malléable du type *forum non conveniens*, mais d'un outil réellement exceptionnel, sensé ne s'opposer que rarement à la prévisibilité offerte par la *lex loci delicti* et son exception principale.⁷²⁵

756. Les règles de base étant exposées, nous allons maintenant présenter comment le législateur européen en est arrivé à exclure les atteintes à la vie privée, pourtant un sujet brûlant, du champ d'application du règlement.

§ III. L'exclusion des atteintes à la vie privée et à la personnalité du cadre de Rome II

757. Lors du processus législatif donnant naissance au règlement, il apparut rapidement que la question des atteintes à la vie privée, et notamment celles commises par les médias de masse, allaient soulever quelques difficultés. Chaque État membre disposant de sa propre vision de l'équilibre entre la liberté de presse et la protection de la réputation, il allait être ardu de trouver une approche qui puisse tous les satisfaire.⁷²⁶ Ardu, voire impossible : en fin de compte, aucune des propositions mises sur la table, qu'elle ait été amenée par la Commission ou du Parlement Européen, n'emporta d'adhésion claire. Dans les lignes qui suivront, nous examinerons chacune de ces propositions, et noterons les raisons de leur échec.

A) *Les propositions de la Commission*

1) *La loi de la résidence habituelle du demandeur*

758. Lors de son avant-projet législatif de 2002, la Commission avait prévu un article 6 spécialement consacré aux atteintes à la personnalité. Celui-ci optait pour la

⁷²⁵ Art. 3, par. 4 Rome II. Voir aussi BERNARD AUDIT, *Droit international privé*, *op. cit.*, par. 799; LOUIS D'AVOUT, *Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une perspective du système Rome II)*, *op. cit.*, p. 1632; ANDREW DICKINSON, *The Rome II Regulation*, *op. cit.*, pars. 4.84-4.89; JAMES J. FAWCETT / JANEEN M. CARRUTHERS / PETER NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, *op. cit.*, p. 799-805; PIERRE MAYER / VINCENT HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, par. 697-5; THOMAS KADNER GRAZIANO, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 463-467; GWENDOLYNE LARDEUX, *Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable*, *op. cit.*, par. 40. Dans un sens un peu différent, voir LOUIS PERREAU-SASSINE, *Les mal-aimés du règlement Rome II : Les délits commis par voie de média*, *op. cit.*, p. 1648 (estime que cet alinéa laisserait, en matière de délits complexes, liberté au juge de centraliser le contentieux au lieu de réalisation principale du dommage).

⁷²⁶ Rapport Mainstrat, p. 42-51, ANDREW DICKINSON, *The Rome II Regulation*, *op. cit.*, pars. 3.217-3.221; LOUIS PERREAU-SASSINE, *Les mal-aimés du règlement Rome II : Les délits commis par voie de média*, *op. cit.*, p. 1647.

loi de la résidence habituelle de la victime, quelle que soient les circonstances du cas d'espèce. Cette solution avait été élaborée dans un souci de complémentarité avec les règles de compétence contenues dans l'arrêt *Shevill*. En déterminant un droit fixe, prévisible, et applicable à l'entier du dommage, elle permettait d'éviter la multiplication des droits applicables apportée indirectement par l'emploi du principe de la mosaïque à une atteinte complexe. De plus, elle faisait en sorte qu'une victime de diffamation puisse toujours être protégée par le droit de sa résidence habituelle, qui était souvent l'endroit où elle disposait de la partie majeure de sa réputation. De l'avis de la Commission, cette proposition était donc tant prévisible pour la presse que protectrice pour les victimes.⁷²⁷

759. Cette proposition fut largement critiquée, notamment par les organes de presse qui la considèrent comme trop favorable aux victimes pour deux raisons. On estima premièrement que, en pratique, il était difficile de déterminer précisément, au moment de la rédaction d'un article, le lieu de la résidence habituelle d'une personnalité de calibre international. Celles-ci disposant de résidences à travers le monde, il était injuste de faire supporter aux organes de presse le risque de se tromper sur le droit possiblement applicable à un article. On argumenta également que la résidence habituelle de la victime pouvait, selon les cas, n'avoir qu'un lien très ténu avec la publication fondant la dispute, menant par exemple « à une situation dans laquelle les tribunaux de l'État du siège de l'éditeur devront condamner celui-ci en application de la loi de la résidence habituelle de la victime, alors même que le produit aura été parfaitement conforme aux règles en vigueur dans l'État du siège de l'éditeur et qu'aucun exemplaire du produit n'aura été diffusé dans l'État de la résidence de la victime ». ⁷²⁸ Enfin, dans la lignée de ces critiques, on opposa qu'un bon nombre de personnalités internationales disposaient de résidences dans des pays non-européens comme Monaco, la Suisse, ou les États-Unis. Il serait paradoxal qu'un texte communautaire favorise l'application des lois de ces pays tiers.⁷²⁹

760. Sensible à ces critiques, la Commission retira cette proposition, et en substitua une autre, moins ambitieuse.

2) *Application de l'art. 4 et lex damni*

761. Dans sa proposition législative de Juillet 2003, la Commission opta pour une inclusion des atteintes à la vie privée dans le système de règles de conflit générales de l'article 4. Soit, comme nous l'avons vu plus haut, un choix en faveur de la *lex damni* tempéré par l'exception du domicile commun et par la clause échappatoire des liens plus étroits. Elle précisa que la qualification du lieu du dommage devait se faire de façon cohérente avec celle trouvée dans l'arrêt *Shevill* en matière de compétence.

⁷²⁷ Commission Européenne, 22.07.03, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("ROME II"), COM/2003/0427 final, explications sur l'article 6.

⁷²⁸ *Ibid.*,

⁷²⁹ Dans le même sens, voir également le Document de travail de la Commission Juridique, p. 2, Rapport Mainstrat, p. 72, ainsi que JAN VON HEIN, Von Hein on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation: Online Symposium.

La loi applicable à une diffamation devait donc normalement être celle de chacun des États dans lequel le texte diffamatoire était publié, et dans lequel la réputation de victime était endommagée.

762. Comme concession aux États voulant protéger leur équilibre voulu entre la liberté d'expression et la protection de la personnalité, mais aussi pour dissiper les peurs d'imprévisibilité alléguées par les organes de presse, la Commission y ajouta une nouvelle clause échappatoire. Selon celle-ci, le tribunal du for pouvait, s'il estimait que la loi matérielle désignée était antinomique à sa vision de la liberté d'expression, appliquer exceptionnellement sa *lex fori*.⁷³⁰ Elle prit la forme d'un article 6 al. 1, rédigé comme suit :

« La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité est celle du for lorsque l'application de la loi désignée par l'article 3 serait contraire aux principes fondamentaux du for en matière de liberté d'expression et d'information. »⁷³¹

763. Cette nouvelle proposition ne fut pas non plus exempte de critiques. On se demanda si l'exception générale d'ordre public contenue dans l'art. 22 du projet de règlement ne rendait pas ce texte redondant.⁷³² On s'interrogea aussi sur le bien-fondé d'un retour à un système fragmenté, hérité de *Shevill*. Les organes de presse, quant à eux, restèrent sceptiques face à une solution qui permettait à la victime de faire appliquer les lois de chacun des lois touchés par la publication. Les problèmes d'imprévisibilité et de *forum shopping* ne semblaient pas, pour eux, suffisamment adressés par cette proposition.⁷³³

764. Il ne fut donc pas surprenant de voir le Parlement Européen rejeter cette disposition à l'occasion de sa première lecture.

B) La proposition du Parlement Européen : partie significative du dommage et rattachements secondaires

765. Le 6 Juillet 2005, le Parlement Européen adopta sa version amendée de la proposition du règlement Rome II. Dans celle-ci, on y trouva un nouvel article 5 al.1, dédié aux atteintes à la vie privée qui divergea notablement de la proposition de la Commission :

⁷³⁰ *Commission Européenne*, 22.07.03, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("ROME II"), COM/2003/0427 final, explications sur l'article 6. Voir également Document de travail de la Commission Juridique, p. 3, Rapport Mainstrat p. 73.

⁷³¹ *Ibid*, art. 6 de la proposition. Notons que, à l'époque de cette proposition, l'article contenant les règles de conflit générales se trouvait à l'art. 3, et non l'art 4 comme c'est le cas dans le règlement final. L'alinéa 2 de cet article concernant le droit de réponse ne nous intéresse pas ici, nous ne l'avons pas retranscrit.

⁷³² *Comité Economique et Social Européen*, 02.06.04, Avis sur la "Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("ROME II")", COM(2003) 427 final, par. 5.4.

⁷³³ Rapport Mainstrat, p. 134-135. Voir également LOUIS PERREAU-SASSINE, Les mal-aimés du règlement Rome II : Les délits commis par voie de média, *op. cit.*, p. 1648.

« 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité est la loi du pays où surviennent ou menacent de survenir le ou les éléments les plus significatifs du dommage.

Lorsque l'atteinte résulte d'une publication écrite ou d'une émission, le pays dans lequel le ou les éléments les plus significatifs du dommage surviennent ou menacent de survenir est réputé être le pays auquel la publication ou l'émission est principalement destinée ou, si cela n'apparaît pas avec évidence, le pays où le contrôle éditorial est exercé et la loi de ce pays est applicable. Le pays auquel une publication ou une émission est destinée est déterminé notamment par la langue de publication ou de diffusion ou le volume des ventes ou l'indice d'écoute dans un pays déterminé par rapport au total des ventes ou des indices d'écoute ou en fonction d'une combinaison de ces facteurs.

La présente disposition s'applique, mutatis mutandis, aux publications sur l'Internet et autres réseaux électroniques. »⁷³⁴

766. Ce texte, plutôt alambiqué, mérite quelques éclaircissements. Selon le premier paragraphe de la disposition, l'entier du litige sera traité par une loi unique qui serait celle de l'État dans lequel le demandeur a été le plus gravement touché par l'acte illicite. Cette concentration sur un droit unique permet d'éviter le fractionnement du dommage et la multiplicité des droits applicables trouvés dans la seconde proposition de la Commission.

767. Le second paragraphe permet, par deux moyens, d'identifier ce lieu. Le premier de ces moyens ne nous est pas étranger car il prend la forme d'une sorte de *targeting test* destiné à déceler le public visé par la communication. En employant des critères comme la langue ou les indices proportionnels de ventes, il serait possible de déterminer l'État le plus touché par l'acte illicite. Si ce *targeting test* ne donne pas de résultats probants, la disposition propose alors de désigner l'État dans lequel le défendeur exerce son contrôle éditorial. Ce dernier choix est concession assez transparente en faveur des organes de presse.⁷³⁵

768. Selon le Parlement Européen, cette nouvelle disposition était dans l'ensemble compatible avec la jurisprudence *Shevill*. En comparaison avec la solution de la Commission, elle était plus malléable, et permettait de désigner la loi de l'État ayant de le plus de liens avec un cas d'espèce. Elle assurait une meilleure sécurité juridique pour les éditeurs, et réglait dans le même élan le phénomène des communications par Internet.⁷³⁶

769. Il est d'ailleurs intéressant de noter que cette disposition prend spécifiquement en compte le phénomène de la diffamation par Internet. D'abord, par

⁷³⁴ *Parlement Européen*, 06.12.05, Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 6 juillet 2005 en vue de l'adoption du règlement (CE) n° .../2005 (sic) du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), P6_TC1-COD(2003)0168, Art. 5.

⁷³⁵ Rapport Mainstrat, p. 74.

⁷³⁶ *Parlement Européen*, 27.06.05, Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") A6-0211/2005 final, amendement num. 30.

sa référence à une sorte de *targeting test* adapté au domaine du droit applicable, mais aussi par son dernier paragraphe, qui note son application *mutatis mutandis* à cette problématique.

770. Malgré tout, cet article ne fut pas non plus considéré comme satisfaisant. D'un côté, on l'accusa de favoriser indûment les organes de presse à cause de ce choix final en faveur de la loi du lieu du contrôle éditorial. De l'autre, les éditeurs eux-mêmes ne furent pas entièrement convaincus par ce texte : l'emploi d'un *targeting test* flou, couplé à la structure confuse de son second paragraphe rendait son application trop imprévisible.⁷³⁷ Enfin, son opposition directe avec la vision de la Commission n'allait pas manquer de créer des dissensions entre les deux organes communautaires.

C) *Blocage, exclusion et renvoi*

771. Les propositions de la Commission et du Parlement étaient antinomiques. L'une cherchait à atteindre une solution simple et efficace alors que l'autre employait des notions floues et sujettes à qualification. L'une conservait la fragmentation héritée de l'approche *Shevill* alors que l'autre concentrait l'entier d'un litige sous un seul droit applicable. Enfin, l'une favorisait les victimes alors que l'autre favorisait les organes de presse. En rejetant la proposition d'amendement du Parlement en Février 2006, la Commission considéra alors que leurs positions étaient inconciliables et proposa, afin d'éviter de ralentir le reste du processus législatif, d'exclure les atteintes commises par la presse du champ d'application de règlement Rome II.⁷³⁸

772. Cette exclusion fut entérinée par le Conseil de l'Union Européenne. Notant les grandes difficultés soulevées par les atteintes à la vie privée lors des négociations, le Conseil alla plus loin que la Commission et décida d'exclure l'entier des atteintes à la vie privée du champ d'application du règlement, plutôt que seulement les atteintes de presse.⁷³⁹ Cela donna naissance à l'article 1, par. 2, lit. g, qui correspond à celui trouvé dans la version actuelle du document.⁷⁴⁰

773. Lors de sa seconde lecture, le Parlement Européen tenta de réintroduire telle quelle sa proposition d'article spécial,⁷⁴¹ mais sans succès : celle-ci fut sèchement rejetée par la Commission, qui rappela l'ampleur du « blocage politique » à ce

⁷³⁷ Document de travail de la Commission Juridique, p. 3; Rapport Mainstrat p. 137-138.

⁷³⁸ *Commission Européenne*, 21.02.06, Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") (présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE), COM/2006/0083 final, point 3.4, 5^{ème} point.

⁷³⁹ *Conseil de l'Union Européenne*, 25.09.06, Position commune adoptée par le Conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Projet d'exposé des motifs du conseil, 9751/06 ADD 1, par. 4.

⁷⁴⁰ *Conseil de l'Union Européenne*, 11.08.06, Position commune adoptée par le conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), 9751/06, art.1, par. 2, lit. g.

⁷⁴¹ *Parlement Européen*, 16.01.07, Position du Parlement européen arrêtée en deuxième lecture le 18 janvier 2007 en vue de l'adoption du règlement (CE) n° .../2007 (sic) du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("ROME II"), P6_TC2-COD(2003)0168, Article 7.

niveau.⁷⁴² A ce stade des discussions, l'impasse était telle qu'aucune solution n'allait mettre d'accord les divers acteurs du processus législatif. Au final, toutes les institutions s'accordèrent pour laisser cette question en dehors du champ d'application du règlement.⁷⁴³

774. Derrière cet échec se trouvait cependant l'espoir de trouver à long terme une solution à cette situation. C'est pourquoi le règlement final fut assorti, dans son article 30, d'une clause de renvoi exhortant la Commission de procéder, d'ici la fin de l'année 2008, à une étude approfondie en la matière en vue d'un possible amendement correctif.⁷⁴⁴ C'est sur cette étude, et sur autres efforts consentis par les organes communautaires afin de briser cette impasse, que nous allons maintenant nous pencher.

§ IV. Développements subséquents au sein des organes communautaires et dans la doctrine internationale

A) *Le rapport Mainstrat*

775. Conformément à l'article 30 du règlement, la Commission confia à la firme de consultation Mainstrat la tâche d'effectuer un rapport sur la situation. D'une part, il s'agissait de dresser un tableau complet de la pratique actuelle des États Membres en matière d'atteintes à la vie privée, afin de savoir s'il était possible de trouver des principes communs pouvant rapprocher les dissensions politiques. De l'autre, il fallait s'interroger sur l'existence d'une règle de conflit de lois qui puisse satisfaire à tous les intérêts en jeu.⁷⁴⁵

776. Le groupe de travail procéda à une étude comparée des droits des États membres, ainsi qu'à un long processus de consultation prenant en compte les avis des praticiens, des organes de presses, et de tout groupe européen intéressé par la question.⁷⁴⁶ Le rapport final, publié en janvier 2009, fit ressortir quatre principaux éléments.

1) *Nécessité d'une harmonisation des règles de conflit à l'échelle européenne*

777. La première interrogation concernait la nécessité même d'une intervention du droit communautaire en la matière. Était-il envisageable de s'épargner ces difficultés

⁷⁴² *Commission Européenne*, 14.03.07, Avis de la Commission conformément à l'article 251, paragraphe 2, troisième alinéa, point c), du traité CE sur les amendements du Parlement européen à la position commune du Conseil concernant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("ROME II") portant modification à la proposition de la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE, COM(2007) 126 final, par. 4.3, 2^{ème} point.

⁷⁴³ Accord en conciliation, 15/05/2007, procédure COD/2003/0168, 3^{ème} point.

⁷⁴⁴ Art. 30, par. 2 Rome II.

⁷⁴⁵ Rapport Mainstrat, précit. en *supra* p. 208, p. 10-11.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 24-35.

et d'en rester au système actuel, en soumettant les atteintes à la personnalité aux règles de conflit de chacun des 27 États membres ? Ou y avait-il un fort besoin de législation harmonisée ?

778. Ce point ne souleva pas de grandes difficultés. Il ressortit que la majorité des groupes d'intérêts interrogés -- à l'exception de certaines associations de presse -- étaient favorables à une solution communautaire. 85% des personnes consultées, de tous bords confondus, se prononcèrent en ce sens. Le système actuel, qui voit 27 règles de conflit se côtoyer simultanément, n'a donc attiré les suffrages que de quelques 15% de sondés.⁷⁴⁷

779. Il est intéressant de relever que, toujours selon le rapport, les cas d'espèce d'atteintes à la personnalité impliquant des questions de conflits de lois ne sont pas si nombreux que cela. Seul un quart des praticiens interrogés furent confrontés à ce type de configuration dans les cinq dernières années. Dans la réalité pratique, donc, cette problématique n'intervient que rarement. 66% d'entre eux estimèrent néanmoins que l'arrivée d'Internet amenait une augmentation de ce type de cas.⁷⁴⁸

780. Bref, si notre problématique n'a pas été quantitativement très présente auprès des tribunaux européens, elle restait suffisamment épineuse et complexe pour qu'apparaisse un véritable besoin de règles unifiées. Tout le monde, ou presque, était d'accord sur le fait qu'une telle solution devait être rapidement trouvée. Restait, donc, à déterminer laquelle...

2) *Fragmentation des conceptions et des solutions internes*

781. Comme deuxième point, l'étude Mainstrat mit le doigt sur l'importante fragmentation juridique du domaine des atteintes à la personnalité sur l'ensemble du territoire européen. Tant au niveau du fond qu'à celui des règles de conflit, il était très difficile de trouver des principes communs qui pourraient servir de point de départ à une discussion ou à une entente interétatique.

782. En matière de fond, premièrement, l'étude mit en exergue la variété des approches nationales.⁷⁴⁹ Elle constata que l'équilibre entre la liberté de presse et le respect de la personnalité variait grandement d'État en État, et que cette question était fortement ancrée dans le sentiment identitaire culturel de chacun d'entre eux. Difficile, donc, de pousser à un consensus international.⁷⁵⁰

783. En matière de conflits de lois, ensuite, elle conclut également à un éparpillement et à une dissimilitude des règles nationales. Certes, elle identifia que la *lex loci delicti* était appliquée par une majorité d'États, mais considéra que son

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 115-117. Pour la lisibilité du texte, les pourcentages fractionnés ont été arrondis.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 114-115.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 42-51.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 52-54.

application réelle variait tellement de pays en pays que l'on ne pouvait pas conclure à une symétrie de solutions.⁷⁵¹

784. Bref, le contexte juridico-politique était profondément fragmenté et incohérent. Il n'était pas étonnant, donc, de voir ce contexte réduire à néant tous les efforts déployés pour unifier ce pan du droit.

3) *Rejet des règles de conflit proposées*

785. Lors de la procédure de consultation, on demanda aux sondés d'exprimer leur degré de satisfaction face à plusieurs formulations de règles de conflits. Ces dernières reproduisaient en grande partie les propositions, que nous avons décrites plus haut, émises par les organes communautaires lors de l'élaboration du règlement Rome II. On y ajouta également une clause originale, fondée elle sur la *lex fori*. Aucune d'entre elles n'emporta une adhésion franche de la part des sondés.

786. La plus populaire des clauses soumises fut celle de la *lex damni*, soit une application directe de l'article 4 du règlement Rome II, y compris les deux exceptions. Cette formulation fut acceptée, à des degrés de satisfaction différents, par 52% des personnes sondées. Les auteurs du rapport précisèrent néanmoins que dans les 48% d'avis défavorables se trouvait l'entier des opinions émanant des organes de presse. En excluant ces derniers du compte, le taux d'acceptation était de 82%. Ce détail pris en compte, cette proposition était celle qui avait le plus de chances d'emporter une certaine forme d'adhésion.⁷⁵²

787. La clause rédigée par le Parlement, avec sa concentration du litige au lieu le plus touché, arriva à un résultat presque identique, soit une acceptation d'environ 52%. Mais, au sein de ces acceptations, moins de sondés s'estimèrent comme « très satisfaits » ou « satisfaits » par cette proposition, et ne la considèrent que comme « acceptable ». Par contre, cette proposition fut légèrement plus populaire dans le milieu de la presse, qui ne la refusa qu'à hauteur de 62% de personnes sondées.⁷⁵³ Enfin, la *lex fori* fut nettement rejetée, avec 90% d'avis défavorables.⁷⁵⁴

788. Au-delà de ces résultats quelques peu décourageants, le rapport fit ressortir quelques autres données intéressantes :

- Une petite majorité de 55 % de sondés estima qu'une règle idéale devait être neutre, et n'avantager aucune partie.⁷⁵⁵
- Lorsque interrogés abstraitement sur la règle de conflit la plus appropriée, 77% d'entre eux optèrent pour un critère incluant d'une façon ou d'une autre

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 77-112. A ce sujet, voir également THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 20ss et 46ss.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 133-134.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 137-138.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 138-139.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 117.

la *lex damni*. Sans combiner les critères, le meilleur score revint à loi de la résidence habituelle de la victime, favorisée par 20% des sondés.⁷⁵⁶

- Dans l'ensemble, les organes de presse étaient favorables à un choix en faveur de la loi de l'établissement du défendeur, pour des raisons évidentes. Les auteurs du rapport estimèrent que cette solution était trop défavorable pour les victimes.⁷⁵⁷
- Une question porta spécifiquement sur les dommages complexes, notamment commis via Internet. Dans ce cas de figure, seulement 20% des sondés estimèrent qu'une application parallèle de toutes les *lex damni* en jeu était satisfaisante. Le critère le plus favorisé fut celui de l'établissement du défendeur, avec un total de 40% de voix favorables. Mais ce dernier résultat devait être interprété avec retenue, car il était biaisé par l'absence du critère de la résidence habituelle du demandeur dans les choix proposés. Les auteurs du rapport conclurent donc que cela traduisait surtout un besoin généralisé de traiter ce type de dommages sous un droit unique, et non une préférence pour ce point de rattachement spécifique.⁷⁵⁸
- L'exception du domicile commun n'emporta la satisfaction que de 49% des sondés. Les avis s'y opposant mentionnent que cette règle est trop rigide, et que l'exception plus malléable des liens les plus étroits devait y être préférée.⁷⁵⁹
- La clause échappatoire en faveur d'un droit ayant des liens plus étroits avec un cas d'espèce emporta la conviction de 60% d'entre eux. Ses détracteurs mentionnèrent son excessive malléabilité et son risque d'arbitraire.⁷⁶⁰

4) Proposition d'un nouveau modèle double

789. Au vu de toutes ces données, les auteurs du rapport conclurent à la continuation du cul-de-sac politique. Ce dernier n'était d'ailleurs que le reflet des grandes différences trouvées entre les divers États membres sur les délicates questions touchant au fond de la diffamation, et à la liberté de presse en général. Cette situation était donc vouée à perdurer, tant que l'on considérait que le droit international privé était dissocié des aspects de fond. La route vers l'harmonisation ne pouvait pas se concevoir sans un travail commun et continu d'européanisation sur ces deux facettes du problème.

790. Suivant ces réflexions, ils proposèrent une solution double : d'abord, il fallait mettre en place une harmonisation matérielle des règles de diffamation, qui prendrait la forme d'une directive européenne. Celle-ci n'aurait pas pour vocation de

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 119.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 121-122.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 125-127.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 124.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 125.

changer les règles étatiques, ce qui serait politiquement impossible. Plus modestement, elle aurait pour but de poser quelques principes minimes de protection de la réputation des victimes de diffamation. Actives sur tout le territoire européen, elles seraient à même de donner des fondations communes pour les éditeurs et les praticiens.

791. Avec un tel dispositif en place, il serait après coup beaucoup plus facile de rédiger des règles de conflit de lois sur le sujet, car la peur de l'application d'une loi complètement différente et surprenante en serait fortement diminuée. Les auteurs du rapport proposèrent à cet effet un choix en faveur de l'établissement du défendeur, qui serait facile à appliquer et qui, grâce à ces principes minimaux garantis sur le fond, ne serait plus si choquant du point de vue de la victime.⁷⁶¹

B) Le document de travail du Parlement Européen

792. A la suite de la publication du rapport Mainstrat, la Commission Européenne n'entama pas de travaux notables dans cette direction. C'est le Parlement Européen, peut-être plus sensible à la problématique, qui se pencha sérieusement sur cette recherche de solutions.⁷⁶² Le 23 Juin 2010, sa commission juridique publia un document de travail, rapporté par la représentante britannique Diana WALLIS, cristallisant leurs efforts en la matière et destiné à alimenter les futurs débats.⁷⁶³ Dans ce texte, quatre orientations, faisant quelque peu écho à celles trouvées dans le Rapport Mainstrat, peuvent être identifiées.

1) Nécessité d'une solution

793. En premier lieu, le texte releva qu'un maintien du *statu quo*, soit la continuité de l'exclusion des atteintes à la personnalité du champ du règlement Rome II, pouvait être une solution possible. Le processus législatif avait prouvé que ce débat sur l'équilibre entre la vie privé et la liberté d'expression menait à des fortes prises de positions, souvent irréconciliables. De plus, le rapport Mainstrat montrait que les disputes ayant trait à la protection de la vie privée n'étaient quantitativement pas très nombreuses en Europe. Il pouvait donc être tentant pour le législateur communautaire de laisser ce casse-tête de côté, et de se concentrer sur d'autres matières autrement plus urgentes.⁷⁶⁴

794. Rejoignant les auteurs du rapport Mainstrat, la Commission Juridique rejeta cette attitude de laisser-faire. Elle argumenta que, au-delà des statistiques, il existait un prix « invisible » payé actuellement par les associations de presse à cause de la

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 140-150. Voir également NEREA MAGALLÓN, Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation, Rome II and Defamation: Online Symposium.

⁷⁶² ANDREW DICKINSON, Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?, Rome II and Defamation: Online Symposium.

⁷⁶³ Document de travail de la Commission Juridique, précit. en *supra* p. 207.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 3.

situation floue du droit. Pour éviter d'être poursuivies, celles-ci étaient amenées à se censurer de façon préalable, lors de la rédaction de leurs articles. De plus, il était courant que, lorsque confrontées à la menace d'une action en diffamation, elles règlent tout litige en dehors des tribunaux à l'aide de *settlements* coûteux. Le peu de litiges effectivement constatées dans le rapport Mainstrat ne reflétait donc pas entièrement l'urgence réelle de la situation. Le Parlement faisait donc bien d'œuvrer en direction d'une solution législative qui puisse rendre plus prévisible les droits applicables aux atteintes commises par la presse.⁷⁶⁵

2) *Impossibilité d'une harmonisation par le fond*

795. Comme deuxième point, le document de travail examina la possibilité d'une solution axée sur le fond, qui verrait les droits matériels des différents pays européens s'harmoniser via une procédure communautaire.⁷⁶⁶

796. Similairement aux conclusions trouvées dans le rapport Mainstrat, la Commission estima qu'une harmonisation matérielle était extrêmement difficile, voire impossible à mettre en place. Tant que les États Membres divergeaient grandement sur des concepts aussi fondamentaux que la liberté d'expression, l'espoir d'une européanisation des règles sur la vie privée et sur la diffamation restait illusoire. En conséquence, c'est plutôt la voie du droit international privé, et d'un possible amendement à Rome II, qui devait être poursuivie.⁷⁶⁷

3) *Propositions de règles de conflit*

797. Le troisième élément de ce document de travail consista en une énumération et une critique des diverses règles de conflit proposées jusqu'à ce jour. A ce niveau, le rapport nous apparaît néanmoins comme décevant. Il se borne à mentionner les approches et les commentaires déjà trouvés dans la procédure législative du règlement Rome II ainsi que dans le rapport Mainstrat. Il n'y a pas de réelle prise de position pour une solution particulière, ni d'argumentation forte pour telle ou telle direction.⁷⁶⁸

798. Un élément nouveau mérite néanmoins ici mention. Entretien par la commission juridique est la possibilité d'une solution qui prendrait la forme d'une pluralité de règles de conflit structurées en cascade, et laissant un choix entre plusieurs droits applicables.⁷⁶⁹ Un exemple concret d'une telle disposition est l'art. 139 al. 1 de la LDIP Suisse, que nous avons décrit dans un des chapitres de notre

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 4. En argumentant dans cette direction, la Commission Juridique du Parlement fit une référence directe aux conclusions identiques trouvées dans les travaux anglais de révision du droit de la diffamation, qui tendaient à souligner le danger invisible posé par le *libel tourism*. Contraster avec *supra* p. 89.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 4-6.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 7-8.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 7-10. Dans notre sens, voir ANDREW DICKINSON, *Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?*, Rome II and Defamation: Online Symposium.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 9-10.

travail. Pour mémoire, cet article soumet normalement les atteintes à la personnalité au droit de l'établissement du défendeur. Mais il permet en outre à la victime d'opter pour le droit de sa résidence habituelle, ou pour celui du lieu du dommage, si l'atteinte était prévisible en ces lieux.⁷⁷⁰

799. L'idée derrière cette proposition était que, comme il est impossible de trouver une seule règle satisfaisant à tous les intérêts en jeu, peut-être qu'un éventail de choix laissés au demandeur, voire au juge, pourrait atteindre une certaine forme d'équilibre. Mais la Commission nota que des difficultés attendraient tout effort fondé sur ce modèle. D'une part, il était peu probable que les organes de presse soient favorables à une clause qui laisse un choix au demandeur. De l'autre, il restait à définir ce qu'est une atteinte « prévisible » en matière d'atteintes internationales par voie de presse, ce qui risquait de faire revenir le débat fleuve sur le *targeting* et sur la prévisibilité d'une communication lorsqu'Internet est impliqué.

4) *Prise en compte des spécificités d'Internet*

800. Les spécificités d'Internet occupèrent d'ailleurs le dernier point traité par ce document de travail. On s'y interrogea s'il était utile de formuler des règles spécifiques aux problèmes posés par l'ubiquité du réseau. Au niveau des règles de conflit de droit applicable, la réponse paraît être négative : le texte se concentre exclusivement sur des questions de compétence, et sur l'adaptation de *Shevill* à l'ubiquité de la publication par le réseau.⁷⁷¹

C) *Les propositions de la doctrine : le symposium en ligne « Rome II and Defamation »*

801. A l'occasion de la publication de ce document de travail, le site Internet *conflictflaws.net* organisa un symposium en ligne, qui invita des auteurs influents de la doctrine à soumettre leur avis sur la question.⁷⁷² De façon générale, leurs textes furent tiraillés entre trois tendances.⁷⁷³

802. Deux des auteurs, soit OLIVERA BOSKOVIC et LOUIS PERRAU-SASSINE, estimèrent qu'il était tout à fait possible de transposer les règles contenues dans l'art. 4 du règlement Rome II aux atteintes à la vie privées ainsi qu'à la diffamation. Ils s'accordèrent également sur le fait que le choix en faveur la *lex damni* se devait,

⁷⁷⁰ Voir *supra* p. 179ss.

⁷⁷¹ Document de travail de la Commission Juridique, p. 10-12.

⁷⁷² Ce symposium peut être consulté à l'adresse suivante : <<http://conflictflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-online-symposium>> (dernière visite le 19.05.11).

⁷⁷³ Afin d'éviter la répétition, nous ne mentionnerons pas ici les contributions, apportées à ce symposium, des auteurs des deux travaux européens décrits ci-dessus. Leurs avis sont identiques à ceux qu'ils ont émis, et que nous avons décrits plus haut, à l'occasion de ceux-ci.

lorsqu'il était question d'Internet, d'être assorti d'une clause de prévisibilité de type *targeting*.⁷⁷⁴

803. Trois auteurs considèrent au contraire qu'il était plus approprié de développer une règle de conflit spéciale pour traiter adéquatement de cette matière. Mais, s'ils s'accordèrent sur le diagnostic, ils ne se retrouvèrent pas dans leurs remèdes.

- JAN VON HEIN plaida pour un choix entre la loi ayant les liens les plus étroits avec le litige, qui serait présumée être celle de la résidence habituelle du défendeur, et la *lex fori*.⁷⁷⁵
- MILLS WADE, représentant le point de vue de l'*European Publishers Council*, fut en faveur d'un rattachement au lieu de l'établissement du défendeur.⁷⁷⁶
- BETTINA HEIDERHOFF défendit l'application de la *lex fori*, en se fondant sur l'adéquation *ex ante* des règles de détermination de la compétence judiciaire.⁷⁷⁷

804. Enfin, deux auteurs, TREVOR HARTLEY et ANDREW DICKINSON, argumentèrent qu'il était préférable de conserver le *statu quo* pour l'instant, pour deux principales raisons. D'abord, l'ampleur du blocage politique était telle qu'elle ramenait à néant toute proposition de solution, quelle que soit sa valeur. Les échecs lors de la négociation du règlement Rome II, ainsi que les conclusions peu heureuses des deux rapports subséquents en étaient la preuve. Ensuite, il était peut être préférable d'attendre que la situation se stabilise au niveau de la compétence judiciaire, et notamment à l'aune de la révision du règlement Bruxelles I, pour pouvoir ensuite débattre de façon plus précise sur les qualités requises d'une solution propre à la détermination de droit applicable.⁷⁷⁸

805. Sur ce dernier point, ces auteurs furent rejoints par MILLS WADE, qui reconnut que le nœud réel de la problématique se trouvait au niveau des règles de détermination de la compétence, et surtout de par l'interprétation de la jurisprudence *Shevill*.⁷⁷⁹

⁷⁷⁴ OLIVERA BOSKOVIC, Boskovic on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; LOUIS PERREAU-SASSINE, Perreau-Sassine on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium.

⁷⁷⁵ JAN VON HEIN, Von Hein on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation: Online Symposium.

⁷⁷⁶ ANGELA MILLS WADE, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium, *in fine*.

⁷⁷⁷ BETTINA HEIDERHOFF, Heiderhoff : Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Yes, Lex Fori, Please !, Rome II and Defamation: Online Symposium.

⁷⁷⁸ ANDREW DICKINSON, Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?, Rome II and Defamation: Online Symposium; TREVOR C.HARTLEY, Hartley on The Problem of Libel Tourism, Rome II and Defamation: Online Symposium. Notons que les deux auteurs se distinguent dans leurs opinions par le degré de leur maintien du *statu quo* : alors que DICKINSON préfère attendre la fin du processus de révision de Bruxelles, et désire quand bien même traiter de notre problématique lors de la révision générale de Rome II prévue pour 2011 d'après son art. 30 al.1, HARTLEY est méfiant de tout effort d'harmonisation à ce niveau, et argue pour une absence complète de cette matière au sein du règlement.

⁷⁷⁹ ANGELA MILLS WADE, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium.

D) Conclusion

806. Au final, tant le rapport Mainstrat, que le document de travail du Parlement Européen, que les résultats éparpillés obtenus lors du symposium nous apparaissent comme symptomatique du profond blocage qui a pendant longtemps rongé les institutions communautaires. De 2002 à 2011, ces diverses propositions se sont succédées sans donner de fruits, ce qui n'a fait qu'appuyer l'idée d'une impasse tant politique que juridique. Un examen transversal de ces efforts nous révèle quatre éléments de réflexion.

807. Premièrement, nous remarquons qu'aucun de ces travaux n'a nié la nécessité de trouver une règle de conflit qui puisse venir amender le règlement Rome II au niveau des atteintes à la personnalité. Alors qu'une conservation du *statu quo* a été considérée, tant par les auteurs du rapport Mainstrat que par le Parlement Européen, cette idée a été abandonnée. On peut donc en conclure que notre problématique est suffisamment urgente pour que tous s'accordent sur le fait qu'il fallait y trouver une solution.

808. Le blocage s'est donc effectué au niveau du choix de cette solution. Au cours de cette section, nous avons en effet pu constater qu'aucune discussion n'a pu aboutir sur une proposition emportant la conviction d'au moins une majorité des participants : les débats législatifs se sont terminés sur un échec malgré la diversité des clauses proposées ; le rapport Mainstrat a conclu à la perpétuité du blocage législatif, aucune des propositions n'ayant emporté une franche approbation de la part du public sondé ; même les contributions issues du symposium doctrinal ont été divergentes, contrastées, voire irréconciliables.⁷⁸⁰ On peut dès lors se demander : pourquoi cela a été le cas ?

809. Une première réponse tient, bien sûr, à la nature sensible du domaine des atteintes à la personnalité qui tient à l'équilibre entre la liberté d'expression et le droit à la réputation et la protection de la vie privée. D'un côté, les organes de presse ont refusé les propositions tendant à appliquer un critère fondé sur la réception du message, afin de préserver la prévisibilité et la proximité du droit applicable à leur activité. De l'autre, toute proposition allant dans le sens contraire a été considérée comme néfaste pour les victimes d'atteinte à la personnalité. C'est cette tension, sous-jacente à toute notre matière, qui empêcha le consensus.

810. Mais cette réponse n'est pas la seule. Tant le rapport Mainstrat, que le document de travail du Parlement, que certaines contributions au symposium ont fait le lien entre ce blocage au niveau des règles de conflit et le développement parallèle de règles de compétence appropriées pour éviter le *libel tourism*. Alors que

⁷⁸⁰ Le plus critique des auteurs de ce symposium, soit ANDREW DICKINSON, a décrit cette situation dans des termes peu équivoques : « [...] the most likely outcome (as the Rome II Regulation demonstrates) is a stalemate, with the players pushing their pieces around the board without attempting to make a decisive move. Why should the outcome be any different on this occasion, especially given the limited time that has elapsed since Rome II was adopted? Wouldn't we all be better off focussing our efforts on more pressing business, or just getting on with our holiday packing? », ANDREW DICKINSON, Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?, Rome II and Defamation: Online Symposium.

le processus de révision de Bruxelles était déjà en cours, il était pour ces auteurs difficile d'élaborer une règle de conflit de lois qui soit appropriée ; la situation juridictionnelle, influant indirectement sur le choix des lois possiblement applicables à un litige précis, pouvait encore changer du tout au tout selon l'adoption ou non d'un *targeting test*. Ainsi, les professeurs DICKINSON et HARTLEY étaient dans le juste : peut-être était-il, jusqu'à fin 2011, encore prématuré de se prononcer sur le conflit de lois.⁷⁸¹

811. Ces conclusions nous permettent d'expliquer pourquoi l'arrêt *eDate* a su redonner une impulsion au Parlement Européen. Il a d'abord, par l'élaboration d'une nouvelle règle influent sur le conflit de lois, mis le législateur devant un fait accompli, en d'autres termes il aura opéré un déblocage forcé, effectué par la voie judiciaire. Il a également clarifié la situation au niveau juridictionnel, permettant la création de propositions plus stables. Après notre présentation de cet arrêt, nous reviendrons sur ses effets auprès du législateur communautaire, et analyserons la dernière proposition en date.

§ V. L'arrêt eDate

A) Rappel du contexte

812. Ayant déjà présenté les faits de l'arrêt *eDate*⁷⁸² dans notre partie sur la compétence, nous nous contenterons ici d'en faire un résumé. Cet arrêt est survenu suite à deux litiges. Le premier concernait l'action, portée en Allemagne, d'un ressortissant allemand à l'encontre d'une firme Autrichienne exploitant un portail de nouvelles sur Internet. L'article litigieux relatait la condamnation de cette personne dans un procès pénal local, en le mentionnant nommément, alors que la procédure avait gardé son nom secret. La seconde affaire voyait un acteur français saisir également les cours de son domicile afin d'y poursuivre la société britannique exploitant le journal en ligne *Sunday Mirror*, à cause d'un article révélant certains aspects de sa vie intime. Les sociétés défenderesses avaient principalement contesté la compétence des cours concernées.⁷⁸³ Mais, au-delà de la question juridictionnelle, il restait une autre inconnue, soit la détermination le droit applicable. Ce qui amena le *Bundesgerichtshof* à soumettre une seconde question à la Cour de Justice.

813. Les atteintes à la personnalité étant exclues du règlement Rome II, la détermination du droit applicable *in casu* échappait au droit européen, et était soumises aux règles de conflit internes des États Membres, ici l'Allemagne et la France.⁷⁸⁴ La question préjudicielle se situait au-delà de cette détermination : elle concernait une autre source de droit communautaire, soit la directive de 2000/31/CE

⁷⁸¹ Voir *supra* p. 223.

⁷⁸² *CJUE*, 25.08.11, *eDate Advertising GmbH c. X*, Affs C-509/09 et C-161/10 (ci-après : *eDate c. X*).

⁷⁸³ Voir notre exposé détaillé des faits, en *supra* p. 194.

⁷⁸⁴ Au sujet de cette exclusion, voir *supra* p. 207ss.

sur le commerce électronique,⁷⁸⁵ et sur ses possibles effets sur le droit matériellement applicable à un litige tombant dans son champ d'application. Ce débat juridique étant séparé de celui présenté dans ce chapitre, nous commencerons par le présenter dans l'abstrait pour relater ensuite la réponse de la cour.

B) *La question soumise à la Cour de Justice*

814. Le débat soumis à la cour tenait au rôle que devait occuper l'article 3 de la directive. Le premier alinéa de cette disposition, qui s'inscrit dans le contexte d'un marché intérieur communautaire du commerce électronique, garantit que tout « *service de la société de l'information* », soit tout prestataire commercial présent sur Internet, est tenu de respecter son droit national.⁷⁸⁶ De façon corollaire, le second alinéa interdit à tout État Membre de restreindre la libre circulation des services proposés par un prestataire situé en dehors de son territoire. Le but est de permettre aux acteurs du commerce électronique de déployer leur activité de façon concordante avec leur droit national, sans craintes de se voir soumis de façon imprévisible à une réglementation étrangère qui serait plus restrictive et qui, dès lors, interférerait avec la conduite de leurs affaires au sein du marché commun.

815. Cette disposition a donné naissance à un débat doctrinal quant à sa portée effective.⁷⁸⁷ On s'est demandé si elle n'incarnait pas une règle de conflit de lois implicite soumettant de façon impérative les fournisseurs de contenu présents sur Internet à la loi de leur établissement, à la manière d'une « *home country rule* » conflictuelle. En faveur de cette interprétation, on argumenta que le but de l'article 3 ne pouvait pas être atteint si on ne lui permettait pas de déployer des effets sur le terrain de la loi applicable. Mais cette position se heurtait à l'article 1, al. 4 de la même directive, qui statue que celle-ci « [...] *n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ». Face à cette contradiction apparente, quelle portée fallait-il donc donner à ce principe de prééminence du droit national du prestataire ? C'est cette question que dut trancher la Cour de Justice dans *eDate*.

⁷⁸⁵ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L 178/1.

⁷⁸⁶ La définition de « *service de la société de l'information* » est large, et englobe tout service normalement proposé contre rémunération, exécuté par voie électronique et sur la demande de son destinataire. Pour cette définition, voir Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE L 217, p. 18ss, art. 1, al. 2, amendant la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE L 204, p. 37ss.

⁷⁸⁷ ANDREW DICKINSON, *The Rome II Regulation*, *op. cit.*, pars. 645ss; GERT DE BAERE, *Is This a Conflict Rule Which I See Before Me ? - Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce*, 11 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* (2004), p. 287ss; JULIA HORNLE, *The UK Perspective on the Country of Origin Rule in the E-Commerce Directive - A Rule of Administrative Law Applicable to Private Law Disputes*, 12 *Int'l J.L. & Info. Tech.* (2004), p. 333ss.

C) *Prééminence du droit de l'établissement du prestataire de service*

816. La cour répondit en deux temps. Tout d'abord, suivant l'article 1 al. 4 de la directive, elle conclut que celle-ci ne contenait pas *stricto sensu* des règles de droit international privé. Dans ses propres mots, « l'article 3, paragraphe 2, de la directive n'impose pas une transposition sous forme de règle spécifique de conflit de lois. ».⁷⁸⁸

817. Elle considéra cependant que son article 3 se devait d'être interprété de manière à assurer la coordination et la libre circulation des services à travers l'Union en matière de commerce électronique. Ce but ne pouvait pas être atteint du moment qu'un prestataire sur Internet pouvait voir ses activités régulées par un droit imprévisible et plus restrictif que son droit national. Il existait donc bien une tension entre, d'une part, le but de la directive d'assurer le marché commun, et la situation actuelle en matière de conflits de lois.⁷⁸⁹ Cette tension se devait d'être résolue en faveur de la promotion du marché intérieur. En conséquence, la cour conclut que même si l'article 3 ne posait pas directement de règles de droit international privé, « les États membres doivent assurer que [...] le prestataire d'un service du commerce électronique n'est pas soumis à des exigences plus strictes que celles prévues par le droit matériel applicable dans l'État membre d'établissement de ce prestataire. ».⁷⁹⁰ Seules les limites posées par l'article 3 al. 4 de la directive, permettant à un État Membre de prendre des mesures d'ordre public, pouvaient faire échec à ce principe. La cour ne fut pas plus précise, et ne mentionna ni le domaine d'application de cette règle, ni ses modalités. Nous retiendrons donc que, quelle que soit la règle de conflit désignée, l'activité des prestataires du réseau, y compris au niveau des actes illicites et des atteintes à la personnalité, ne devra plus être soumise à des standards matériels plus sévères que ceux trouvés dans la loi de l'État de leur établissement.

818. Par cette voie détournée, ce développement dans *eDate* nous amène à une application des standards propres à la loi de l'établissement du fournisseur de contenu. Il s'agit d'un tournant majeur pour le droit communautaire, car non seulement *eDate* donne enfin une réponse à la question des standards applicables à une communication faite par Internet, mais il le fait de façon surprenante : nous avons vu plus haut que les propositions en faveur du droit du prestataire de service avaient été rejetées car trop favorables à ceux-ci.⁷⁹¹ Au-delà de ce constat, il est difficile de prévoir comment cette nouvelle donne sera appliquée devant les cours nationales, le jugement de la cour étant trop sibyllin pour nous le permettre. D'autant plus que la pratique sera compliquée par l'interaction entre cette nouvelle règle matérielle et le possible futur amendement du règlement Rome II ; amendement, lequel nous nous proposons maintenant de détailler.

⁷⁸⁸ *eDate c. X*, par. 63.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, par. 64-67.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, par. 68.

⁷⁹¹ Voir *supra* p. 215 et 218ss.

§ VI. La proposition d'amendement du Parlement Européen

819. Sous l'impulsion de l'arrêt *eDate*, le Parlement Européen s'est attelé à la création d'un modèle d'article concernant les atteintes à la personnalité et pouvant s'insérer au sein du règlement Rome II. A ce titre, la temporalité des travaux de cet organe traduit la réalité de ce soudain déblocage institutionnel : alors que la procédure d'amendement a été ouverte devant le Parlement depuis Novembre 2009, ce n'est qu'en Décembre 2012, soit peu de temps après *eDate*, que la Commission Juridique rendit un premier projet de rapport.⁷⁹² Pendant toute la période intermédiaire, n'ont été établis que quelques documents de travail de nature non législative, dont l'un d'entre eux a été examiné dans ces lignes. L'impact d'*eDate* sur la récente activité du Parlement ne peut pas être mis en doute, d'autant plus que cet arrêt est nommément mentionné comme source d'inspiration, tant dans le rapport final de la Commission Juridique,⁷⁹³ que dans la proposition d'amendement qui lui a succédé.⁷⁹⁴

820. Quelle est donc la nouvelle proposition du Parlement ? Le dernier document en date contient deux amendements au règlement, un nouvel article 5bis ainsi qu'un nouveau considérant 32bis. Le nouvel article se présente comme tel⁷⁹⁵ :

« 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, y compris la diffamation, est celle du pays où se produisent ou sont susceptibles de se produire le ou les éléments les plus significatifs de la perte ou du dommage.

2. Toutefois, la loi applicable est la loi du pays dans lequel le défendeur a sa résidence habituelle si celui-ci ne pouvait pas avoir raisonnablement prévu les conséquences importantes de son acte dans le pays désigné par le paragraphe 1.

3. Lorsque l'atteinte résulte d'une publication écrite ou d'une émission, le pays dans lequel le ou les éléments les plus significatifs du dommage surviennent ou sont susceptibles de survenir est réputé être le pays auquel la publication ou un service de radiodiffusion est principalement destiné ou, si cela n'est pas évident, le pays où le contrôle éditorial est exercé, la loi de ce pays étant applicable. Le pays auquel une publication ou émission est principalement destinée est déterminé notamment par la langue de publication ou de diffusion, ou le volume des ventes ou l'indice d'écoute dans

⁷⁹² *Commission Juridique du Parlement Européen*, DIANA WALLIS (rap.), 02.12.11., Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), PE 469.993v02-00. L'impulsion d'*eDate* sur les travaux de cet organe peut être de plus facilement vérifiée en consultant la fiche de la procédure d'amendement du règlement Rome II, disponible sur <[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2009/2170\(INI\)&l=fr](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2009/2170(INI)&l=fr)> (dernière visite le 18.09.12).

⁷⁹³ *Commission Juridique du Parlement Européen*, CECILIA WIKSTRÖM (rap.), 02.05.2012, Rapport contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), PE 469.993v03-00, consid. A.

⁷⁹⁴ *Parlement Européen*, 10.05.12, Résolution du Parlement européen du 10 mai 2012 contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), P7_TA-PROV(2012)0200, consid. A. Ci après : Résolution du Parlement européen.

⁷⁹⁵ Résolution du Parlement Européen, Annexe.

un pays donné en proportion du total des ventes ou des indices d'écoute, ou une combinaison de ces facteurs.[...] »

821. La parenté de cette disposition est évidente : à quelques détails près, il s'agit de la clause déjà proposée par le Parlement lors des travaux législatifs de Rome II.⁷⁹⁶ Nous retrouvons un choix en faveur de l'État dans lequel se produisent les effets les plus significatifs du dommage. En matière de cas impliquant Internet, le paragraphe 3 définit ce lieu comme celui dans lequel l'éditeur a principalement dirigé son message, ou à défaut le lieu de son établissement. La détermination de la direction des activités de l'éditeur amène donc sur un *targeting test*, clarifié par la disposition comme prenant en compte la langue de diffusion, le volume des ventes, ou encore d'autres facteurs.

822. Le considérant 32bis est, lui, plus novateur :

« Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'appliquer leurs dispositions constitutionnelles relatives à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans les médias. En particulier, l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui aurait pour conséquence de réduire considérablement le champ d'application desdites dispositions constitutionnelles, peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie. »

823. Nous avons rencontré, lors des travaux préparatoires du règlement, des propositions similaires de clause rappelant la réserve d'ordre public naturellement laissée au juge lors du processus conflictuel.⁷⁹⁷ Cette disposition va, nous semble-t-il, plus loin et taille une exception spécifique au droit des atteintes à la personnalité, permettant au juge du for d'appliquer sa propre loi s'il estime que l'application de la loi étrangère est incompatible à sa vision de l'équilibre entre la liberté d'expression, la protection de la vie privée et la protection de la réputation. Ainsi, les standards matériels du for auront un rôle de filet de sécurité, quel que soit le droit désigné par le nouvel article 5bis.

824. Si l'effort fourni par le Parlement mérite d'être salué, la proposition ne manque pas de soulever plusieurs doutes. Nos premières réserves concernent ses chances d'adoption. En effet, le nouvel article 5bis ne fait que reprendre celui qui fut déjà proposé par le Parlement et rejeté par la Commission lors des discussions menant à l'adoption de Rome II. Il nous semble douteux que le même article, repris quasiment à l'identique et émis sans concession envers les intérêts contraires qui ont pu le faire écarter précédemment, puisse obtenir des résultats plus favorables. Et même si cela était le cas, les critiques prononcées à l'époque à son encontre restent toujours pertinentes aujourd'hui : cet article a une formulation trop confuse, et son contenu est trop favorable aux fournisseurs de contenu.

⁷⁹⁶ Voir *supra* p. 213ss.

⁷⁹⁷ Voir *supra* p. 213.

825. De plus, il nous faudra maintenant compter sur une grande inconnue, soit l'interaction entre cette proposition de règle de conflit et la prééminence du droit matériel du fournisseur de contenu consacrée par l'arrêt *eDate*. D'après ce dernier, les cas tombant dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique devront en effet respecter le principe de la « *home country rule* » ; cela, une fois conjugué avec la proposition du Parlement, risque de compliquer à l'extrême la résolution du conflit de lois. Au total, un juge chargé d'un cas d'espèce devra mesurer tour à tour les mérites du droit matériel de l'État visé par l'activité du fournisseur de contenu (désigné par l'article 5bis), du droit matériel de l'établissement du défendeur (désigné par *eDate*), et du droit matériel de son propre État (désigné par le considérant 32bis). Un tel imbroglio de lois possiblement applicables simultanément, et de plus considérées sous l'angle de leurs qualités matérielles intrinsèques, un notre domaine où le droit de fond est encore soumis à de profondes divergences et incompréhensions, nous apparaît comme impraticable.

826. Enfin, il est étrange que l'article 5bis, dans son par. 3, consacre le *targeting test* au niveau conflictuel, alors que ce même test a été abandonné au niveau juridictionnel par l'arrêt *eDate*. Le texte de l'article ne mentionnant que les critères de la langue et du volume de ventes pour donner corps à ce test, nous craignons que son adoption aboutisse sur une pratique imprécise, partielle et imprévisible car déconnectée des développements juridictionnels dans lesquels le *targeting test* est né.

§ VII. Conclusion : blocage, ou opportunité ?

827. Cette section consacrée aux règles de conflit européennes nous a permis de présenter plusieurs solutions, chacune pouvant possiblement être considérée dans notre recherche. Elle a également fait nettement ressortir la nature politiquement délicate de notre sujet, qui s'est traduite par un blocage législatif menant à cette exclusion contenue dans le règlement Rome II. Enfin, nous avons vu que, malgré ces difficultés, des efforts récents ont été fournis pour surmonter ces obstacles. En guise de conclusion, nous toucherons trois points de réflexion, qui devront à notre sens être abordés avant tout nouvel effort législatif en la matière.

- En premier lieu, il sera impératif de mieux démarquer les contours de la *home country rule* décelée dans *eDate* par la Cour de Justice. Il est encore difficile de prévoir la relation entre cette règle et la règle de conflit qui sera hypothétiquement ajoutée au règlement. *Quid*, donc, si elle primait systématiquement sur celle-ci ?
- Il sera également important d'intégrer les autres nouveautés amenées par *eDate*, notamment sur le plan juridictionnel. L'abandon du *targeting test* dans cette jurisprudence peut remettre en question l'adhésion à ce même test au niveau conflictuel. Et même si on l'adoptait malgré tout, - comme l'a fait le Parlement dans sa proposition - pourra-t-on encore se fier aux précédents juridictionnels, comme *Pammer*, pour le former ? Ou faudra-t-il repartir de zéro pour développer un test adapté aux besoins des conflits de lois ?

- Enfin, tant *eDate* que la dernière proposition du Parlement tendent à faire entrer une analyse du droit matériel des atteintes à la personnalité au sein de l'analyse conflictuelle. L'un, par la voie de la *home country rule*, l'autre, par le biais de l'exception de l'ordre public renforcée. Il faudra donc s'interroger sur l'ampleur à donner à cette immiscion du droit de fond dans notre domaine. L'importance du questionnement n'est pas à négliger, car en toile de fond de celle-ci se trouve le risque d'une évacuation de la méthode conflictuelle, remplacée par un impératif de justice concrète qui pourrait donner lieu à des décisions fondées sur nulle autre source que le jugement de valeur.

828. La situation actuelle du droit communautaire laisse ces questions encore obscures. Nous estimons que cela n'est pas suffisant : une solution appropriée, qui se voudrait praticable de façon harmonieuse sur l'entier du territoire européen, se devra de confronter de front ces écueils.

Section IV Conclusion sur le droit européen

829. S'il faut retenir une chose des lignes qui précèdent, c'est la place centrale qu'occupe désormais l'arrêt *eDate* au sein de notre matière. Que ce soit au niveau de la compétence ou du droit applicable, cette jurisprudence a réussi à changer considérablement le paysage juridique européen des atteintes à la personnalité par Internet. Cela veut-il pour autant dire que l'on peut s'en tenir à cet arrêt, considérer notre problématique comme résolue et de faire l'économie des chapitres suivants de notre travail ? Non. Ce chapitre nous a montré qu'*eDate*, s'il nous donne *une* solution, ne nous donne pas pour autant *la* solution. C'est pourquoi notre étude, bien que menée en grande partie dans la période *pré-eDate*, est plus actuelle et nécessaire que jamais ; grâce aux deux chapitres qui suivront, qui nous verra exposer et commenter les solutions rencontrées jusqu'à présent, nous mettrons en exergue les clés de réflexion nécessaires pour appréhender d'un regard clair et critique la décision de la Cour de Justice.

Chapitre 8^{ème} : Mise en commun

Section I Introduction

830. Dans les chapitres précédents, nous avons exposé séparément les réactions de plusieurs États à la problématique des actes illicites complexes réalisés via le réseau Internet. Maintenant, nous allons catégoriser, regrouper et commenter d'un point de vue général les résultats que nous avons obtenus. Nous relèverons les ressemblances et les différences entre ces réponses, ainsi que les points saillants qu'il nous faudra aborder lors de notre discussion.

831. Cet exercice sera fait, d'abord dans le domaine de la compétence, puis dans celui du droit applicable. De ces analyses, nous ferons quelques remarques d'ordre général sur les tendances que nous aurons identifiées. Ces remarques nous serviront à leur tour de tremplin pour notre partie analytique, qui occupera le chapitre suivant.

Section II Compétence

§ I. Remarques préliminaires

832. Notre étude nous a permis de déceler, parmi les jurisprudences des États analysés, deux points de convergence. Le premier nous amène à reconnaître qu'Internet n'a pas apporté de changement net dans la manière d'appréhender la multiplicité d'un dommage dû à un acte illicite complexe. Le second traduit une prise de conscience des difficultés posées par l'ubiquité de son mode de publication, qui a appelé à un infléchissement de leur pratique. Que ce soit par l'adoption d'un *targeting test*, comme ce fut le cas en France et aux États-Unis, ou par le développement d'outils plus modeste tels que *l'abuse of process* anglais, on a pu déceler un mouvement tendant à l'adoucissement de l'attribution de la compétence considérée à l'encontre d'un fournisseur de contenu étranger.

833. C'est ce double mouvement que nous allons faire ressortir dans cette section. En premier lieu, nous montrerons que les chefs traditionnels de compétence, et notamment celui trouvé au lieu du résultat de l'atteinte, n'ont pas fondamentalement été dérangés par notre problématique. Nous ensuite ferons état de cet infléchissement, et établirons un inventaire des diverses solutions rencontrées au cours de notre étude.

§ II. Maintien des chefs de compétence traditionnels

A) *Domicile du défendeur*

834. Dans tous les systèmes que nous avons rencontrés, on trouve un chef de compétence au domicile du défendeur, ou au lieu de son établissement s'il s'agit d'une personne morale :

- Dans le système communautaire, l'article 2 RB place un for d'ordre général en ce lieu.⁷⁹⁸
- En droit interne français, celui-ci est prévu par l'article 42 CPC.⁷⁹⁹
- En Angleterre, ce chef de compétence découle de la section 3.1. num. (1) PB6B, en lien avec la sec. 6.36 du CPR.⁸⁰⁰ Ce chef, ainsi que son équivalent français, sont en pratique absorbés par la disposition communautaire, du moment que le défendeur est domicilié dans l'un de ces États.
- En Suisse, le principe général de ce chef de compétence est posé par l'art. 2 LDIP. En matière d'actes illicites, l'art. 129 LDIP prévoit la compétence du domicile ou, à défaut, de la résidence habituelle suisse du défendeur.⁸⁰¹
- Enfin, aux États-Unis, ce chef est l'un des points de rattachements traditionnels, établi par la *Supreme Court* dans l'arrêt *Pennoyer v. Neff*.⁸⁰²

Largement reconnu, ce chef de compétence ne pose pas de problèmes particuliers en matière d'Internet, et ne sera pas examiné dans la suite de ce texte.

B) *Lieu du fait dommageable*

835. Tous les systèmes examinés dans ce travail placent un chef de compétence au lieu du fait dommageable provoqué par un acte illicite. En matière de dommages complexes, le principe de l'ubiquité du dommage permet généralement de donner la compétence en deux lieux distincts : celui de l'acte générateur, et celui du résultat de l'atteinte illicite. Nous traiterons de ces deux branches séparément.

⁷⁹⁸ Voir *supra* p. 184.

⁷⁹⁹ Voir *supra* p. 144.

⁸⁰⁰ Voir *supra* p. 56.

⁸⁰¹ Voir *supra* p. 175ss.

⁸⁰² Voir *supra* p. 98ss.

1) *Lieu de l'acte générateur*

836. La majorité des systèmes que nous avons présentés reconnaissent un chef de compétence au lieu de l'acte générateur du délit. En matière d'Internet, les réponses quant à ses modalités pratiques restent encore partagées :

- Dans le système communautaire, cette compétence est prévue par le jeu des jurisprudences *Mines de Potasse* et *Shevill*. En matière précise de diffamation interétatique, elle permet de poursuivre le défendeur au lieu de son établissement pour l'entier du dommage.⁸⁰³ Le maintien de ce chef de compétence a été confirmé par l'arrêt *eDate*.⁸⁰⁴
- Dans les droits internes français et anglais, ce chef de compétence est similairement prévu. Mais il n'y a pas produit de jurisprudence pouvant nous intéresser.⁸⁰⁵
- En Suisse, l'art. 129 LDIP prévoit expressément ce chef de compétence. En matière de diffamation par Internet, l'arrêt *Lyrics.ch* le précise comme se trouvant au lieu duquel le défendeur a chargé ses données sur le serveur hébergeant son contenu, et subsidiairement, là où il a élaboré son article.⁸⁰⁶
- Enfin, ce chef de compétence, en tant que tel, s'inscrit difficilement dans le schéma de la compétence américaine. Ce dernier est plus axé sur le lieu du résultat de l'atteinte, sur les contacts entre le défendeur et ce lieu, et sur les effets de son acte.⁸⁰⁷

837. Ce chef de compétence ne nous a pas apporté une jurisprudence très fournie. Cela, probablement parce qu'il ne soulève pas de problèmes notables au niveau du *forum shopping*. Il nous sera cependant utile, dans notre section analytique, de déterminer où placer ce lieu lorsqu'il est question d'actes commis via Internet.

2) *Lieu du résultat*

838. La compétence du lieu du résultat, placée dans chacun des États touchés par le dommage, est reconnue par tous les systèmes que nous avons étudiés. Aucun des tribunaux de notre étude n'a fondamentalement remis en question son application aux délits commis via Internet, malgré les risques de *forum shopping* soulevés par la multiplicité et l'ubiquité de son mode de parution :

- En droit interne anglais, ce chef de compétence est prévu par la sec. 3.1. (9) lit. b PB6C, et a été appliqué à Internet dans l'arrêt *Lewis v. King*, ainsi que dans

⁸⁰³ Voir *supra* p. 189.

⁸⁰⁴ Voir *supra* p. 198.

⁸⁰⁵ Voir *supra* p. 57 pour l'Angleterre, et p. 144ss pour la France.

⁸⁰⁶ Voir *supra* p. 175ss.

⁸⁰⁷ Voir *supra* par. 97ss.

une constante jurisprudence subséquente.⁸⁰⁸ Il nous faut aussi mentionner l'arrêt australien *Gutnick*, qui a inspiré ce dernier.⁸⁰⁹

- En France, il est prévu par l'art. 48 al. 2 CPC. Son application à Internet s'est faite à l'occasion de l'affaire *Yahoo !*, et n'a pas été remise en question dans la jurisprudence subséquente.⁸¹⁰
- Aux États-Unis, la compétence du tribunal situé au lieu du résultat de l'atteinte est donnée du moment qu'il existe des *minimum contacts* entre le défendeur et ce lieu. En matière de diffamation, l'analyse de ces contacts peut prendre la forme de l'*effects test*, qui se focalise sur ce lieu de réception du message.⁸¹¹ Ce fondement théorique a été secoué par l'arrivée d'Internet, mais non remis fondamentalement en question.⁸¹²
- En droit communautaire, l'art. 5.3. RB, tel qu'interprété par *Shevill* et confirmé par *eDate*, prévoit la compétence du lieu de réception du message diffamatoire.⁸¹³
- Enfin, une zone d'ombre concerne le droit suisse. Ce chef de compétence est certes prévu par l'article 129 LDIP. Mais en l'absence de jurisprudence en la matière, il ne nous est encore impossible de s'assurer de son application à Internet.⁸¹⁴

839. Ce constat nous amène sur un point de convergence notable entre les systèmes étudiés. Tous les *leading cases* vus dans ce travail, que ce soit *Gutnick*, *Lewis v. King*, *Zippo*, *Young*, *Yahoo !*, *Normalu* ou *eDate* considèrent comme acquis le principe d'une compétence judiciaire fixée au lieu de la réception d'un message véhiculé par Internet. Ils le font à des degrés différents, et avec des exigences variables, certes, mais le fondement juridique de ce chef de compétence n'a jamais été remis en cause.

3) *Etendue du dommage*

840. En lien avec la compétence fixée au lieu du résultat de l'atteinte, on peut se demander si cette dernière permet au demandeur de recouper l'entier des dommages internationaux, ou seulement la partie afférente à la juridiction du for. Sur ce point, la convergence entre les États s'estompe quelque peu :

- En droit communautaire, les arrêts *Shevill* et *eDate* posent le principe de la mosaïque, qui crée la fragmentation internationale du dommage.⁸¹⁵

⁸⁰⁸ Voir *supra* par. 67ss.

⁸⁰⁹ Voir *supra* par. 60ss.

⁸¹⁰ Voir *supra* p. 147ss.

⁸¹¹ Voir *supra* p. 100ss.

⁸¹² Voir *supra* p. 104ss.

⁸¹³ Voir *supra* p. 184ss.

⁸¹⁴ Voir *supra* p. 176ss.

⁸¹⁵ Voir *supra* p. 198.

- Les systèmes internes anglais et français, dans la lignée de *Shevill*, limitent similairement le dommage à la part subie par l'État du lieu du for.⁸¹⁶
- Aux États-Unis, par contre, la majorité des États ont adopté la *single publication rule*, qui permet au premier tribunal saisi de traiter de l'entier du dommage subi.⁸¹⁷
- Enfin, en Suisse, on conçoit également que c'est l'entier des dommages internationaux qui peuvent être réclamés devant le tribunal du lieu du résultat.⁸¹⁸

Cette asymétrie de solutions cache l'un des points de contention de notre matière. Est-il préférable de fragmenter le dommage international, ou de le concentrer en une procédure unique ? Il s'agira d'un des points importants de notre partie analytique.

4) *Rejet des solutions plus radicales ?*

841. Le maintien judiciaire des chefs de compétence traditionnels s'est traduit, *a contrario*, par le rejet implicite des solutions plus ambitieuses que nous avons croisées au cours de notre étude. L'exception récente est la jurisprudence européenne, qui a, contre toutes attentes, opté pour une telle solution :

- L'idée d'un for unique placé au lieu de situation des serveurs hébergeant le site litigieux a été rejeté dans l'arrêt australien *Gutnick*,⁸¹⁹ et n'a pas autrement été examinée sérieusement par d'autres tribunaux.
- La proposition, populaire dans la doctrine suisse, d'un for unique placé au lieu de la résidence habituelle du demandeur, et subsidiairement au lieu ayant les liens les plus étroits avec le litige, n'a pas trouvé écho dans la jurisprudence étatique. Cependant, une version légèrement affaiblie de cette idée est apparue en droit communautaire à l'occasion de l'arrêt *eDate*.⁸²⁰ Ce dernier pose en effet un for au lieu du centre des activités du défendeur, compétent pour l'entier des dommages.⁸²¹

Le rejet de ces idées plus ambitieuses par les jurisprudences étatiques avait, jusqu'en 2011, laissé entendre une orientation amenant vers un abandon de ce type de solutions. Aujourd'hui, cela n'est plus le cas, l'arrêt *eDate* ayant ravivé l'idée de la concentration des dommages vers un lieu autre que celui de la réception *stricto sensu* du message. Ce changement de cap fait que cette méthode devra être traitée et critiquée en détail dans la suite de ce travail.

⁸¹⁶ Voir *supra* p. 58 pour l'Angleterre, et p. 144 pour la France.

⁸¹⁷ Voir *supra* p. 103ss.

⁸¹⁸ Voir *supra* p. 176.

⁸¹⁹ Voir *supra* p. 65ss.

⁸²⁰ Affaiblie, car alternative aux fors déjà prévus par l'arrêt *Shevill*. En ce sens, *eDate* ne permet une concentration du litige que si le demandeur le désire.

⁸²¹ Voir *supra* p. 197ss.

§ III. Assouplissement des conditions de l'attribution de la compétence au lieu du résultat

842. Si, de façon générale, il n'y a pas eu de révolution juridique, il y a toutefois eu évolution et adaptation. En particulier, le chef de compétence fixé au lieu du résultat, une fois conjugué aux spécificités de la publication par Internet, a soulevé des questions de multiplicité de juridictions compétentes, et de *forum shopping*. Sensibles à cela, les tribunaux des pays étudiés dans ce texte ont, d'une manière ou d'une autre, tempéré leur pratique. D'un critère large fixé sur la simple accessibilité d'un site, ces jurisprudences sont progressivement passées à des approches plus mesurées, et chapeautées par des principes limitatifs.

843. Notre conclusion sur ce point s'est récemment vue assortie d'une réserve, apportée par le récent arrêt *eDate* de la Cour de Justice. En effet, celui-ci a adopté l'approche classique de l'accessibilité sans aucun tempérament. Pris sous l'angle des solutions proposées, *eDate* marque donc une singulière rupture avec l'évolution jurisprudentielle constatée dans notre étude. En conséquence, nous prévoyons que son arrivée mènera à une régression de la pratique jurisprudentielle européenne, qui se verra forcée d'adopter des considérations identiques à celles trouvées dans les premiers – et largement critiqués – arrêts émis en rapport avec Internet, tels que *Gutnick v. Dow Jones* ou *Lennox Lewis v. Don King*.

844. La rupture opérée par *eDate* n'est, cependant, que partielle : si la Cour de Justice a rejeté un adoucissement de la détermination de la compétence au lieu du résultat, elle a néanmoins reconnu les problèmes posés par l'ubiquité d'Internet et elle a tenté d'y apporter une réponse, quoique par la voie de l'adjonction d'un rattachement juridictionnel inédit. Le souci de délimiter les fors pour mieux s'adapter aux spécificités du réseau transpire donc également dans cet arrêt ; ainsi rejoint-il sur ce point la sensibilité partagée par les autres jurisprudences rencontrées dans ce travail.

845. Il serait redondant, dans la suite de notre mise en commun, d'assortir chacune de nos conclusions d'une réserve concernant les considérations divergeantes de l'arrêt *eDate*, ainsi nous n'en discuterons plus en détail dans la section qui suivra. Le lecteur pourra néanmoins déceler combien cet arrêt s'oppose, à la lumière des résultats de notre étude, à l'évolution qui a pris place pendant les quelques années le précédant.

A) *Le critère traditionnel de l'accessibilité*

846. A l'époque des premiers litiges portant sur des actes illicites commis par Internet, l'approche privilégiée était celle dite de l'accessibilité. Selon celle-ci, tout site Internet consultable dans une juridiction était considéré comme publié et actionnable au même titre qu'un journal physiquement distribué. La volonté de son exploitant de toucher un public géographique précis n'était pas prise en compte :

- En Angleterre, cette approche fut consacrée par les arrêts l'arrêt *Lewis v. King*, qui reste encore aujourd'hui les *leading cases* applicables dans ces pays.⁸²²
- En France, l'arrêt *Yahoo!* et surtout l'arrêt *Castellblanch* adoptèrent cette solution. Cette jurisprudence est encore suivie par la chambre civile de la Cour de Cassation.⁸²³
- Aux États-Unis, la première vague d'arrêts sur le sujets employa également ce type de réflexion, comme vu dans les arrêts *Inset Systems* et *Maritz Cybergold*.⁸²⁴
- En droit communautaire, les termes de l'arrêt *Shevill* mena une partie de la doctrine à considérer que cette approche était celle exigée par l'article 5.3 du règlement Bruxelles.⁸²⁵ Cette conception a été suivie et adoptée dans l'arrêt *eDate* de la Cour de Justice.⁸²⁶

De façon générale, le critère de l'accessibilité a beaucoup perdu de son attrait auprès des auteurs et des praticiens, qui se rendirent compte que son emploi à Internet pouvait provoquer des problèmes de *forum shopping* et d'imprévisibilité. Jusqu'en fin 2011, le seul pays de notre étude à l'employer pleinement était l'Angleterre.

B) *Limites juridictionnelles*

847. La plupart des juridictions examinées au travers de notre étude élaborèrent, d'une manière ou d'une autre, des limites au principe juridictionnel de l'accessibilité. En recoupant les solutions, nous avons isolé trois tels outils : l'*abuse of process*, le *Zippo test*, et, enfin, le *targeting test*. Après leur présentation, nous mentionnerons deux outils supplémentaires : le *forum non conveniens*, et la prise en compte des techniques de géolocalisation.

1) *L'abuse of process*

848. Bien que l'Angleterre emploie encore le critère de l'accessibilité pour traiter des dommages commis par Internet, sa jurisprudence a aussi été saisie de quelques doutes liés à sa largeur. Nous avons constaté le développement d'une limite spéciale, tirée de la notion d'*abuse of process*. Cette dernière permet au juge anglais de rejeter une demande lorsqu'un site diffamatoire n'a été consulté que par un nombre dérisoire d'internautes anglais. Nous avons également vu que cette limite se conçoit sévèrement, et n'intervient que lorsque les visiteurs se comptent sur les doigts d'une main.⁸²⁷

⁸²² Voir *supra* p. 67ss.

⁸²³ Voir *supra* p. 147 et 154ss.

⁸²⁴ Voir *supra* p. 105ss.

⁸²⁵ Voir *supra* p. 190-192.

⁸²⁶ Voir *supra* p. 198.

⁸²⁷ Voir *supra* p. 71ss.

849. Cette limite procédurale, qui ne prend en compte que les consultations effectives, reste une particularité anglaise. Elle n'est apparue dans aucun autre juridiction de notre analyse. En conséquence, nous ne la traiterons pas dans notre discussion.

2) *Le Zippo test*

850. Développé aux États-Unis où il fut un temps largement employé, le *Zippo test* tend à mesurer le degré d'interactivité technique commerciale que propose un site Internet.⁸²⁸ Dans ce contexte, ses carences théoriques l'ont vu se faire progressivement abandonner par les cours de cet État.⁸²⁹ Aujourd'hui, même si on ne le retrouve plus appliqué en tant que tel, on le retrouve de façon implicite dans la jurisprudence, matériellement inclus dans le *targeting test* :

- Aux États-Unis, le degré d'interactivité commerciale d'un site est l'un des indices permettant de situer l'intention d'un site au sein du *targeting test*.⁸³⁰
- Le *Zippo test* a été désavoué en droit communautaire par la CJUE dans l'arrêt *Pammer*. Lors d'un litige en matière de contrats de consommation, la cour le considéra comme inutile pour déterminer de la destination d'un site.⁸³¹

La place de ce test reste à débattre. Il nous appartiendra donc d'en discuter lors de notre recherche de solutions.

3) *Le targeting test*

851. L'outil privilégié par les jurisprudences présentées lors de notre étude est le *targeting test*. Celui-ci se fonde sur la prévisibilité d'une atteinte illicite et amène le juge à décider de la portée géographique voulue d'un site Internet. Toutes les juridictions examinées dans ce travail ont adopté, considèrent actuellement, ou ont au moins considéré d'adopter une solution allant dans cette direction :

- Aux États-Unis, tout d'abord, ce test fut développé pour pallier aux carences du *Zippo test*, et est aujourd'hui le test le plus populaire.⁸³²
- En France, il a été employé en matière de propriété intellectuelle par la Cour d'Appel de Paris suite aux doutes relatifs aux critères de l'accessibilité.⁸³³ Même la chambre commerciale de la Cour de Cassation, en opposition avec la chambre civile, à récemment décidé de l'adopter.⁸³⁴

⁸²⁸ Voir *supra* p. 107ss.

⁸²⁹ Voir *supra* p. 114ss.

⁸³⁰ Voir *supra* p. 116ss.

⁸³¹ Voir *supra* p. 206.

⁸³² Voir *supra* p. 115ss.

⁸³³ Voir *supra* p. 160ss.

⁸³⁴ Voir *supra* p. 158ss.

- En Angleterre, les travaux actuels de la révision du droit de la diffamation considèrent l'adoption d'une solution juridictionnelle qui amènerait la victime à démontrer que le for anglais est le plus approprié pour traiter du litige. Les détails de cette exigence nous sont encore inconnus, mais ils ne semblent pas exclure l'emploi d'un *targeting test*.⁸³⁵ Ce test fut de plus débattu dans le rapport du *Libel Working Group* précédant cette proposition législative.⁸³⁶
- En Suisse, la doctrine est également séduite par les possibilités offertes par une réflexion de type *targeting*.⁸³⁷
- En droit communautaire, le *targeting test* a été considéré en matière d'atteintes à la personnalité dans le cadre des travaux de révision du règlement de Bruxelles⁸³⁸, et il a été adopté par la Cour de Justice en matière de contrats de consommation, dans l'arrêt *Pammer*.⁸³⁹

852. Notre étude révèle que la tendance actuelle converge en direction de l'établissement d'un *targeting test* venant qualifier la compétence judiciaire examinée au lieu de réception d'un site Internet. De toutes les approches vues dans notre travail, c'est celle-ci qui est la plus développée, la plus débattue, et la plus populaire au sein des États que nous avons parcourus.

853. Un second regard vient cependant tempérer notre enthousiasme : bien que le principe d'un *targeting test* gagne en popularité, ses modalités sont encore incertaines, sa structure variant d'État en État, voire de tribunal en tribunal :

- Aux États-Unis, le *targeting test* appliqué à la diffamation est dérivé de l'arrêt *Young*. Il se fonde principalement sur un critère que nous avons appelé la focalisation expresse. Celui-ci tend à interpréter la volonté subjective de l'auteur de l'article diffamatoire, et à rechercher dans son discours la portée géographique voulue.⁸⁴⁰ De plus, de nombreuses variations du *targeting test* peuvent se trouver au sein des États-Unis, dû au l'éclatement marqué de la jurisprudence en la matière.⁸⁴¹
- En contraste, la version française de ce test a été développée dans le cadre de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale, et exige d'un « *lien suffisant, substantiel ou significatif* » entre le site incriminé et la juridiction examinée. Il se fonde sur l'impact commercial du site, et considère des critères objectifs tels que la langue, le référencement ou les noms de domaine.⁸⁴² Mais quelquefois, il peut entrer dans une analyse subjective de la volonté du

⁸³⁵ Voir *supra* p. 92ss.

⁸³⁶ Voir *supra* p. 90ss.

⁸³⁷ Voir *supra* p. 273ss.

⁸³⁸ Voir *supra* p. 199ss.

⁸³⁹ Voir *infra* p. 203ss.

⁸⁴⁰ Voir *infra* p. 122ss.

⁸⁴¹ Voir *infra* p. 104.

⁸⁴² Voir *supra* p. 162ss.

défendeur.⁸⁴³ Enfin, en matière de diffamation, et de sites non commerciaux en général, il n'est pas encore très développé.⁸⁴⁴

- Les développements anglais en la matière sont également dépourvus de certitudes quant aux modalités du test juridictionnel à adopter. Le projet de révision de loi sur la diffamation subordonne la compétence judiciaire à l'exigence que le for anglais soit le plus approprié pour traiter du litige. Mais aucune explication ne vient donner corps aux détails de ce nouveau test.⁸⁴⁵
- Enfin, la situation s'est récemment éclaircie dans le cadre communautaire. Selon le récent arrêt *eDate*, le *targeting test* est exclu de l'application de l'art. 5.1 RB dans notre matière.⁸⁴⁶ Il ne nous reste plus que le *targeting test* dégagé de l'arrêt *Pammer*, qui pourra nous aider à titre d'inspiration.

854. Si l'on semble s'accorder sur le fait d'exiger un lien supplémentaire entre un site web et une juridiction donnée, les contours précis de cette exigence, ainsi que les critères permettant de structurer une telle analyse, sont encore incertains dans la pratique. Le développement d'un *targeting test* stable, prévisible et adapté à la diffamation sera donc une pierre angulaire de notre recherche de solutions.

4) *Forum non conveniens*

855. Un autre outil à considérer est celui du *forum non conveniens*.⁸⁴⁷ Employée par les tribunaux de *common law* pour rejeter les litiges n'ayant que peu de liens avec la juridiction du lieu du for, cette doctrine aurait le potentiel d'être une solution possible à notre problématique. Hélas, notre étude démontre qu'il n'est actuellement pas employé à ces fins :

- En Angleterre, ses exigences se confondent avec les règles de détermination de la compétence. Du moment qu'un site est disponible sur le territoire anglais, le *forum non conveniens* n'apporte aucun élément supplémentaire à l'analyse.⁸⁴⁸
- Aux États-Unis, il n'est aucunement invoqué pour traiter des problèmes de *forum shopping* en rapport aux publications par Internet.⁸⁴⁹
- De plus, cet outil est actuellement exclu du système communautaire fondé sur le règlement Bruxelles I, limitant grandement sa portée en tant que solution possible.⁸⁵⁰ Son projet actuel de révision non seulement n'incorpore pas de

⁸⁴³ Voir *supra* p. 166ss.

⁸⁴⁴ Voir *supra* p. 168ss.

⁸⁴⁵ Voir *supra* p. 92.

⁸⁴⁶ Voir *supra* p. 198.

⁸⁴⁷ Notons ici qu'il ne s'agit pas *stricto sensu* d'un outil juridictionnel, car il intervient après qu'un tribunal ait accepté ou non sa compétence. Dans un souci de lisibilité, nous le plaçons néanmoins dans la division juridictionnelle de notre mise en commun.

⁸⁴⁸ Voir *supra* p. 77ss.

⁸⁴⁹ Voir *supra* p. 130ss.

⁸⁵⁰ Voir *supra* p. 79ss.

provision en ce sens, mais en plus projette d'effacer le rôle des règles de compétence nationales résiduelles des États Membres. S'il aboutit, l'Angleterre ne pourra donc plus se servir de cet outil, même dans les litiges extracommunautaires.⁸⁵¹

Au vu de ces difficultés, que nous qualifierons de rédhitoires, nous ne traiterons pas du *forum non conveniens* dans notre recherche approfondie de solutions.⁸⁵²

5) *Prise en compte des technologies de géolocalisation*

856. Enfin, il nous faut déplorer l'absence de discussion judiciaire autour de l'emploi des techniques de géolocalisation offertes aux fournisseurs de contenu. De toute notre étude, seule la série d'ordonnances rendues à l'occasion de l'affaire *Yahoo!* traite sérieusement de ce pan de notre problématique.⁸⁵³ Sinon, que l'on ait affaire au critère de l'accessibilité, au *Zippo test*, ou au *targeting test*, aucun tribunal n'a explicitement mentionné ces outils, ni examiné leur valeur possible au sein de l'analyse juridictionnelle.⁸⁵⁴ Ceci est malheureux, car ces outils ont le potentiel de donner des informations utiles sur la destination d'un site, ainsi que sur sa portée géographique. Il nous appartiendra donc dans notre discussion de les réintroduire et de débattre de leur valeur en tant que critère juridique.

§ IV. Synthèse

857. En résumé, notre étude comparée en matière de compétence nous permet de conclure à deux importants points de convergence traversant les juridictions examinées :

⁸⁵¹ Voir *supra* p. 199ss. En ce sens, voir CATHERINE KESSEDIJIAN, Commentaire de la refonte du règlement num. 44/2001, 47 (1) RTDeur, p. 117ss, spec. p. 118-119; JOHANNES WEBER, Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/7, p. 10-15, spec. p. 15.

⁸⁵² En ce sens, voir LILIAN EDWARDS, The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?, 8 (1) Edin. L.R. (2005), p. 99ss, spec. p. 108. Pour le surplus, se référer aux auteurs cités dans les paragraphes mentionnés en note dans cette section.- Pour une défense détaillée de la doctrine de *forum non conveniens* en matière d'actes illicites commis par Internet, voir DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 295-307. Notons cependant que cet auteur ne prend pas en compte l'exclusion de celle-ci du système européen. Relevons aussi que le modèle qu'il développe au niveau de la diffamation exclut le *forum non conveniens*, au motif que son test inclut déjà la préoccupation de l'adéquation du for au niveau de la détermination de la compétence elle-même.

⁸⁵³ Voir *supra* p. 150ss. Un autre arrêt qui mentionne ces possibilités est l'arrêt rendu en première instance par la Court of Victoria dans l'affaire *Gutnick*, qui prit en compte la géolocalisation indirecte opérée par Dow Jones par le biais de son service d'abonnement payants. Cependant, ses considérants en ce sens n'ont malheureusement pas été repris par l'arrêt subséquent de la High Court. Pour plus de détails, voir notre discussion *supra* p. 65-66 et les notes y relatives.

⁸⁵⁴ En ce sens, voir MATTHEW FAGIN, Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values, 9 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (2003), p. 395ss, spec. p. 430-433 (déclare ce manque dans la jurisprudence en lien avec le critère de l'accessibilité); KEVIN F. KING, Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies, 21 Alb. L. J. Sci. & Tech. (2011), p. 61ss, spec. p. 82-88 (fait de même au sujet du *Zippo test*).

- Elles s'accordent à maintenir les chefs de compétence traditionnels aux dommages commis via Internet.
- Elles s'accordent également sur le besoin de tempérer l'exercice de la compétence placée au lieu du résultat de l'atteinte. Une convergence à ce niveau va en direction de l'établissement d'un *targeting test* venant qualifier la prévisibilité de cette atteinte.

858. Ce second point de convergence mérite d'être souligné, car il traduit d'une prise de conscience partagée, qui dépasse les clivages séparant traditions juridiques. Il n'est pas surprenant que le droit américain, favorable aux auteurs et fondé sur l'exigence de *minimum contacts*, débouche sur une approche prenant en compte la destination du site du défendeur. Mais il est significatif que ce type de débat ait pris simultanément racine dans le droit interne anglais ainsi qu'au niveau européen, là où le droit à la réputation est plus fort, et là où les règles de compétence ont traditionnellement un caractère moins flexible.

859. Ces deux tendances concourantes en toile de fond, nous pouvons isoler les points de contention restants, qu'il nous faudra reprendre et traiter lors de notre discussion.

- Il nous faudra préciser la notion du lieu de l'acte générateur, qui n'est pas encore uniforme lorsqu'il est question d'Internet.
- Il nous faudra déterminer les modalités de l'exigence d'un lien supplémentaire venant qualifier la compétence au lieu du résultat. En particulier, deux points exigeront des réponses de notre part :
 - Le développement d'un test juridictionnel stable, cohérent, et équilibré, qui puisse saisir la réalité de la publication par le réseau.
 - Il nous faudra également déterminer s'il est désirable de conserver le principe de la mosaïque découlant de *Shevill*, ou si ce chef de compétence doit être employé pour traiter de l'entier du dommage international.

Section III Droit applicable

§ I. Remarques préliminaires

860. Alors que le domaine de la compétence nous permet de déceler des tendances nettes, celui des règles de conflit de droit applicable est caractérisé par une pluralité de solutions, et par un blocage juridico-politique qui empêche actuellement toute harmonisation. De plus, la pratique judiciaire étatique ne nous a pas amené vers une discussion ouverte de notre problématique : au contraire, les cours semblent frappées d'un profond mutisme dès qu'il est question de la loi applicable à un site Internet.

861. Après une présentation de la situation actuelle, dont nous ferons ressortir le caractère fragmenté, nous tenterons de dégager certains éléments ponctuels, identifiés dans notre étude, qui pourront quand bien même aiguiller notre recherche de solutions.

§ II. Pluralité des solutions, et absence de consensus.

862. Au fil de notre étude, nous avons pu constater que les règles de conflit applicables à la diffamation par Internet sont multiples, et qu'elles ne se recoupent pas :

- La diffamation, ainsi que les atteintes à la personnalité en général, sont exclues du champ d'application du règlement Rome II. Il faudra donc se référer à chacun des droits internes étatiques pour déterminer le droit y applicable.⁸⁵⁵
- En Angleterre, c'est la règle de *double actionability* qui est employée. Elle met dans la même perspective la *lex loci delicti* et *lex fori*, et tend à ne permettre une action que si elle est prévue par ces deux droits concurrents. Lorsque le dommage est uniquement local, cela aboutit sur la *lex fori*.⁸⁵⁶
- En France, on emploie le principe de la *lex loci delicti*. En matière d'atteintes complexes, celui-ci désigne tant le droit du lieu de l'acte générateur du délit que celui du résultat. Il appartient au tribunal compétent, au vu des liens du cas d'espèce, de déterminer lequel de ces lieux est le plus approprié. En matière de délits de presse, cependant, les cours françaises ont tendance à réduire la complexité du dommage à la seule *lex fori*.⁸⁵⁷
- En Suisse, l'art. 139 al. 1 LDIP, spécial aux atteintes à la personnalité par voie de médias, propose au demandeur le choix entre la loi de la résidence habituelle du défendeur, la loi de sa propre résidence habituelle, et la loi du lieu du résultat de l'atteinte. Ces deux dernières options ne sont ouvertes que si l'atteinte y était prévisible par le défendeur.⁸⁵⁸
- Aux États-Unis, les règles de conflit de droit applicable sont propres à chacun des États américains et sont divisées en une multitude de tendances différentes.⁸⁵⁹ L'approche la plus populaire, contenue dans le *Second Restatement of Conflict of Laws*, prône en matière de diffamation un rattachement présomptif en faveur du droit de la résidence habituelle du défendeur. Si ce rattachement n'est pas retenu, il plaide alors pour la loi du lieu ayant les liens les plus étroits avec litige.⁸⁶⁰

⁸⁵⁵ Voir *supra* p. 207.

⁸⁵⁶ Voir *supra* p. 85ss.

⁸⁵⁷ Voir *supra* p. 171ss.

⁸⁵⁸ Voir *supra* p. 179.

⁸⁵⁹ Voir *supra* p. 133ss.

⁸⁶⁰ Voir *supra* p. 136ss.

- En dehors des États que nous avons analysés, le rapport Mainstrat montre que les règles de conflit de lois au niveau européen sont plurielles, et qu'il existe autant de systèmes différents que d'États, chacun disposant de ses spécificités et de ses rattachement propres.⁸⁶¹

863. Cette pluralité de solutions différentes nous amène à une conclusion évidente : il nous est pour le moment impossible de discerner une convergence au travers des différents systèmes que nous étudiés. La *lex fori* revient certes à deux reprises dans notre étude, mais pour des raisons différentes : en Angleterre, à cause des effets indirects des règles de compétence, et en France, à cause d'une pratique judiciaire établie.

864. Ce manque de cohérence provient des forts sentiments nationaux liés à la question précise du droit applicable à la diffamation, et aux atteintes à la personnalité en général. L'échec des négociations lors de l'adoption du règlement Rome II, ainsi que le peu d'enthousiasme des rapports qui l'ont succédé, traduisent l'immense difficulté de trouver un set de règles de conflit uniformes qui puisse satisfaire à tous les intérêts en jeu. Le rapport Mainstrat est d'ailleurs pour le moins décourageant, car il relate qu'aucune des propositions d'harmonisation présentées à ce jour n'a pu convaincre plus de 52% des groupes d'intérêts sondés. Le document conclut sombrement que le statu quo juridico-politique est voué à se prolonger.⁸⁶²

865. Les efforts récents du Parlement Européen, suite au jugement *eDate*, et notamment sa dernière proposition d'amendement au règlement Rome II, sont un pas dans la bonne direction. Mais de nombreuses questions restent à élucider afin d'arriver sur une solution équilibrée, et nous doutons, en tout cas dans le futur proche, sur l'adoption d'une solution qui puisse satisfaire à des intérêts ayant déjà fait échouer les tentatives précédentes.⁸⁶³

§ III. Eléments ponctuels de convergence

866. Au-delà de ce constat, notre étude a pu cependant discerner deux points de convergence. Ceux-ci sont incarnés par les deux exceptions que l'on peut trouver dans les par. 2 et 3 de l'art 4 du règlement Rome II, soit respectivement l'exception en faveur de la résidence habituelle commune ou du domicile commun des parties, et l'exception en faveur de la loi entretenant des liens manifestement plus étroits avec le litige.

⁸⁶¹ Voir *supra* p. 217. Au sujet de cette variété de solutions, voir également THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 75ss.

⁸⁶² Voir *supra* p. 218ss.

⁸⁶³ Voir nos conclusions en *supra* p. 228ss.

A) *L'exception en faveur de domicile ou de la résidence habituelle commune des parties*

867. Un point de convergence identifié concerne l'exception en faveur du domicile commun, ou de la résidence habituelle des parties. Dans notre étude, nous l'avons retrouvée à trois occasions.

- En droit américain, où elle a été largement popularisée par l'arrêt *Babcock v. Jackson*.⁸⁶⁴ Elle tranche en faveur du domicile commun des parties.
- En droit suisse, où elle se trouve à l'art. 133 al.1 LDIP. où elle désigne cependant le domicile commun des parties.⁸⁶⁵
- Même si non applicable à notre problématique, elle se retrouve dans le règlement Rome II, où elle agit en tant qu'exception au rattachement principal, à l'article 4, par. 2. Comme en Suisse, elle désigne la résidence habituelle des parties.⁸⁶⁶
- En dehors des pays étudiés pour notre travail, elle se retrouve également dans une multitude de systèmes différents, comme l'Italie, l'Allemagne ou le Portugal.⁸⁶⁷

Etant donné sa capacité à désigner une loi commune prévisible pour les deux parties, qui permettrait de régler des cas autrement difficiles, il nous sera approprié de traiter de cet élément dans notre discussion.

B) *L'exception en faveur de la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige*

868. Un deuxième et important point de convergence se trouve au niveau de l'exception en faveur d'une loi ayant des liens plus étroits avec le litige. Des États que nous avons analysés, seule la France ne la considère d'aucune façon.

- Aux États-Unis, elle est contenue dans la section 6 du *Second Restatement of Conflict of Laws*. Elle permet de faire échec à la présomption en faveur du domicile du demandeur lorsque plusieurs d'éléments décrits dans la disposition pointent en direction d'une autre loi.⁸⁶⁸

⁸⁶⁴ Voir *supra* p. 135ss.

⁸⁶⁵ Voir *supra* p. 178ss.

⁸⁶⁶ Voir *supra* p. 210.

⁸⁶⁷ Voir Rapport Mainstrat, p. 102-103; THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 35-36; Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, *Rev. Crit. DIP* 97 (3) (2008) p. 462, note 51; GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, in : PIERRE CATALA / PHILIPPE SIMLER (eds.), *Jurisclasseur Civil Code*, Art. 1370 à 1386, fasc. 10, 2002-2010, par. 34-35.

⁸⁶⁸ Voir *supra* p. 137.

- En Angleterre, le principe de la *double actionability* n'est pas absolu, et une autre loi peut exceptionnellement être appliquée, même si elle ne la respecte pas, conformément aux arrêts *Chaplin v. Boys* et *Red Sea Insurance Inc.*⁸⁶⁹
- En Suisse, cette exception est contenue de façon générale dans l'art. 15 LDIP.⁸⁷⁰
- Même si inapplicable à notre problématique, elle se retrouve dans l'art. 4 par. 3 du règlement Rome II.⁸⁷¹
- Enfin, en dehors des pays sélectionnés pour notre étude, cette exception a été adoptée par plusieurs d'États, qui comprennent l'Allemagne, l'Autriche et la Slovaquie.⁸⁷²

Largement adoptée, et permettant d'ajouter une touche de flexibilité au système de détermination du droit applicable, cette exception devra donc être considérée lors de notre discussion ultérieure.

§ IV. Synthèse

869. Notre étude sur les règles de conflit applicables à la diffamation sur Internet nous amène à constater la multiplicité des solutions possibles, ainsi que la présence d'un sévère blocage politique freinant tout effort actuel d'harmonisation. De plus, on observe un manque évident de discussion sur ce point précis de notre matière, car aucun *leading case* d'ampleur transnationale ne vient épauler notre recherche de solutions.

870. Dépourvus d'un « fil rouge » sur lequel axer nos réflexions, nous nous concentrerons pour l'instant sur une critique générale des diverses approches, et non sur l'élaboration d'une solution unique. Notre partie analytique consistera donc en une appréciation globale des solutions existantes, et évoquées lors des travaux européens en la matière, qui, espérons-le, permettra d'ouvrir quelques pistes de réflexion sur la solution à adopter.

871. Cette solution méthodologique se justifie également par la profonde synchronie, sur laquelle nous entrerons en matière dans la section suivante, qui existe entre ce domaine et le domaine de la compétence judiciaire. A notre avis, il sera important d'attendre que la situation se stabilise au niveau juridictionnel pour pouvoir poser les bases solides d'une discussion sur le droit applicable.⁸⁷³

⁸⁶⁹ Voir *supra* p. 86.

⁸⁷⁰ Voir *supra* p. 181ss.

⁸⁷¹ Voir *supra* p. 210.

⁸⁷² Voir Rapport Mainstrat, p. 104-105, THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 37-38; Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, Rev. Crit. DIP 97 (3) (2008) p. 463, note 52, GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, par. 34-35.

⁸⁷³ Voir nos conclusions préliminaires ci-dessous, ainsi qu'en *infra* p. 330ss.

Section IV Synthèse générale : une asymétrie de solutions entre le domaine de la compétence et celui des règles de conflit de droit applicable

872. La mise en commun de notre étude nous amène à constater un déséquilibre flagrant de solutions entre les deux pans du droit international privé observés.

873. Si notre matière s'est développée pour mieux considérer les contours d'Internet, ce fut principalement au sujet de la détermination de la compétence judiciaire. C'est là que nous avons trouvé des *leading cases* d'ampleur internationale, comme *Gutnik v. Dow Jones*, *Lennox Lewis v. Don King*, ainsi que les ordonnances de l'affaire *Yahoo*. C'est aussi là que nous avons vu l'émergence de solutions jurisprudentielles, comme les développements français et américains en rapport avec le *targeting test*. En comparaison, les règles de détermination de droit applicable n'ont pas donné lieu à beaucoup de discussions ni à une jurisprudence très fournie. Les travaux actuels de révision du droit interne anglais de la diffamation en sont un exemple parlant, le modèle de loi proposé traitant du problème du *libel tourism* uniquement sous l'angle de la compétence judiciaire; les règles de conflit de droit applicable sont étonnamment absentes de l'entier de ce processus législatif.⁸⁷⁴ Ce n'est qu'au niveau communautaire, en lien avec le règlement Rome II, que nous avons pu constater un certain effort consenti pour trouver une règle de conflit adaptée à la diffamation globale. Mais, comme nous l'avons montré au travers de notre chapitre dédié, cet effort reste pour le moment infructueux.⁸⁷⁵

874. Cette asymétrie s'explique de deux façons.

875. La première explication saute aux yeux. Au vu du contexte juridique fortement politisé traversant le droit de fond des atteintes à la personnalité y compris la diffamation, ces résultats traduisent qu'il sera peut-être plus facile de s'accorder sur des règles de compétences amendées que sur une remise en question, voire une harmonisation, des règles de conflit de droit applicable. En conséquence, le mouvement actuel suit ce que l'on pourrait appeler un chemin de résistance moindre. Peut-être à raison : il serait effectivement plus réaliste d'éviter ce blocage juridico-politique en se concentrant en premier lieu sur l'élaboration d'un consensus au niveau des règles de compétence.

876. De plus, et ce sera ici notre deuxième explication, notre domaine se caractérise par la difficulté marquée d'opérer une distinction stricte entre les arguments traditionnellement liés à chacun de ces domaines du droit international privé.⁸⁷⁶ Au cours de notre étude, nous avons observé qu'il était courant d'importer, déjà au moment de l'analyse de la compétence judiciaire, des considérations fondées

⁸⁷⁴ Voir nos remarques à ce sujet en *supra* p. 93.

⁸⁷⁵ Voir *supra* p. 224ss.

⁸⁷⁶ En ce sens, voir MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 Berkeley Tech. L. J. (2001), p. 1345ss, spec. p. 1354-1355.

sur le droit possiblement applicable au litige. Dès lors, cette première étape prend en quelques sortes le pas sur la seconde, et vide cette dernière de sa substance matérielle.

877. Dans l'arrêt australien *Gutnick v. Dow Jones*, la compétence *stricto sensu* des tribunaux australiens ne posait pas de problèmes : la société Dow Jones était certes basée aux États-Unis, mais elle avait sciemment diffusé son contenu en Australie. De plus, le lieu du for était cumulativement le domicile, la résidence habituelle ainsi que le lieu du travail de la victime, ce qui remplissait l'exigence d'une certaine proximité avec le dommage.⁸⁷⁷

878. Si Dow Jones, société d'édition américaine, a contesté la compétence des tribunaux australiens, ce n'était vraisemblablement pas parce que ce for lui était trop lointain. C'était parce qu'elle cherchait à éviter de se voir appliquer le droit de fond australien, bien plus sévère que le droit américain. Et bien que l'arrêt portait formellement sur une question de compétence, les parties s'accordèrent sur le fait que compétence et droit applicable étaient inextricablement liés. Ceci, parce que la notion du lieu de la publication d'un article Internet, dégagée au niveau de la compétence pour déterminer le lieu de l'atteinte, allait également être déterminante sur le plan conflictuel.⁸⁷⁸

879. Similairement, les véritables problèmes soulevés par les *leading cases* détaillés dans cette étude, comprenant les arrêts *Lennox Lewis v. Don King*, *Jameel v. Dow Jones* ainsi que la saga *Yahoo !*, n'étaient pas dus à la distance du lieu du for, mais à la possibilité, offerte indirectement par l'acceptation de la compétence de la part du tribunal choisi, de voir s'appliquer par ricochet un droit défavorable pour le défendeur.

880. Ces réflexions peuvent être transposées au développement actuel du *targeting test*. Si l'on tient aujourd'hui à qualifier la prévisibilité du for situé au lieu du résultat d'une atteinte, ce n'est pas uniquement dans le but unique d'épargner aux défendeurs des voyages dans des fors éloignés ou de s'assurer que le tribunal compétent sera bien placé pour administrer les preuves. C'est aussi parce que l'on est conscient que, derrière les choix offerts par le *forum shopping*, se cache un choix indirect des règles de conflit applicables au litige, et, en conséquence, de la détermination du droit de fond.

881. Cette relation symbiotique entre la compétence et le droit applicable explique donc également le peu d'importance qu'a le second de ces domaines au sein de notre problématique. Elle amène à vouloir régler, déjà au stade de la compétence, l'entier des questions posés par notre problématique. Ces quelques réflexions en tête, nous pouvons maintenant passer à notre recherche de solutions proprement dite.

⁸⁷⁷ Nous avons reconnu que le résultat de *Gutnick* n'était pas, en tant que tel, choquant. Voir *supra* p. 65.

⁸⁷⁸ Voir *supra* p. 61 et auteurs y cités.

Chapitre 9^{ème} : Partie analytique

Section I Compétence

§ I. Introduction

882. Notre discussion sur les solutions possibles au niveau de la compétence se structurera en trois parties, chacune reprenant l'un des points à controverse que nous avons repéré lors de notre mise en commun.⁸⁷⁹ Cette structure épousera tour à tour les deux options de compétence contenues dans la notion du lieu du « fait dommageable » de l'article 5.3 RB tel que précisé par *Shevill*.

883. En premier lieu, nous parlerons donc de la compétence fixée au lieu du fait générateur de l'acte illicite. A ce sujet, nous opposerons la formulation découlant de *Shevill* de ce lieu à la jurisprudence suisse, qui la place non pas au lieu de l'établissement du défendeur mais au lieu du chargement des données.

884. Ensuite, nous passerons au chef de compétence trouvé à chacun des lieux du résultat de l'atteinte. Celui-ci incarne véritablement le cœur de notre matière, et cristallise tous les problèmes posés par le mode de publication du réseau. Il occupera la majorité de notre discussion, et sera traité sous tous ses aspects. C'est là que nous critiquerons en détail les tests juridictionnels que nous avons rencontrés au cours de ce travail, soit, le test de l'accessibilité, le *Zippo test* ainsi que le *targeting test*. Cette discussion nous amènera à notre tour à développer notre propre modèle de *targeting test*.

885. Enfin, nous quitterons la structure de *Shevill* pour commenter et critiquer les autres solutions rencontrées au cours de notre étude, et notamment celle, reprise par l'arrêt *eDate*, d'un for placé au lieu du centre des intérêts de la victime.

§ II. Lieu de l'acte générateur

886. La compétence au lieu de l'acte causal n'a que peu été mise à contribution dans la jurisprudence afférant à notre problématique. Cependant, nous avons, lors de notre étude, identifié une opposition d'interprétations qui mérite d'être ici résolue.⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ Voir *supra* p. 243ss

⁸⁸⁰ Voir *supra* p. 235.

887. En droit communautaire, le texte de l'arrêt *Shevill* fixe ce lieu dans l'État de l'établissement du défendeur. Cet endroit incarne le point d'origine duquel se produit la publication, et donc l'atteinte illicite.⁸⁸¹

888. En droit suisse, selon le Tribunal Fédéral, ce lieu doit s'entendre comme celui du chargement (*upload*) de l'article litigieux sur les serveurs exploités par le défendeur. Dit autrement, l'acte causal intervient lorsque l'auteur, depuis son ordinateur, charge son article sur le serveur hébergeant son site. Ce chargement étant l'étape ultime rendant possible l'accès à ce contenu litigieux, il peut effectivement être compris comme incarnant l'acte donnant naissance au dommage. Dans la détermination de ce lieu, on peut également prendre en compte d'autres lieux connexes à l'élaboration de l'article, comme celui de l'élaboration de son contenu. La différence avec l'option communautaire est palpable, car le lieu du chargement ne coïncidera pas forcément celui de l'établissement du défendeur.

889. L'interprétation suisse à l'avantage de se confondre moins souvent avec le for général placé au domicile ou au siège du défendeur. Mais nous estimons que ce lieu du chargement est une donnée trop difficile à établir et trop diffuse pour être une solution viable. Même s'il peut s'apparenter à un acte de publication physique, le chargement des données sur un serveur situé sur Internet est souvent détaché des détails de la rédaction du contenu litigieux, car il peut s'accomplir en plusieurs étapes, depuis différents lieux et à partir de n'importe quel poste relié à Internet. Pensons à l'auteur d'un site qui rédige son contenu chez lui, mais qui garde les données de son texte sur son ordinateur portable, ou sur une clef USB, pour le charger à partir d'une connexion située à l'étranger. Il peut également les envoyer à une personne ou une société tierce qui peut, elle, les charger sur le serveur.

890. Les derniers développements techniques d'Internet tendent de plus à déstabiliser la détermination de ce lieu. Si, il y quelques années, le chargement d'un document sur Internet nécessitait une connexion fixe, qui, lorsque identifiée, pouvait apporter un lien de territorialité à cet acte, il n'en est rien aujourd'hui. La multiplication de lieux publics proposant des *hotspots* wifi permettant de se connecter à la toile gratuitement ou pour une somme modique, ainsi que le développement de l'accès Internet via la téléphonie mobile, élargissent grandement les possibilités de ce type de transfert. Ainsi, il ne sera jamais garanti que le lieu du chargement d'un fichier coïncide avec le lieu de son élaboration ou avec celui de sa destination. Pour parer à ces lacunes, plusieurs auteurs suivant cette tendance proposent de ne retenir la compétence en ce lieu que si d'autres faits établissent un lien entre celui-ci et le litige.⁸⁸²

891. Pour notre part, nous préférons nous en tenir à la solution trouvée dans *Shevill*. L'établissement du défendeur est un lieu unique, simple à manier, prévisible

⁸⁸¹ Voir *supra* p. 186. Cette interprétation n'est cependant pas la seule, v. à cet effet les auteurs référencés dans cette section.

⁸⁸² Voir *infra* p. 175ss et auteurs y cités. En ce sens, voir également OREN BIGOS, *Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet*, 54 *Int'l & Comp. L. Q.* (2005), p. 585ss, spec. p. 604-609.

pour les deux parties, et qui ne risque pas de donner lieu à des prises surprenantes de compétence. Le besoin de stabilité dans la détermination de ce lieu nous est d'autant plus dictée par l'enjeu important qui y est lié, car il permet au demandeur de recouper l'entier du dommage international.

§ III. Lieu du résultat

A) Introduction

892. Plus que tout autre chef de compétence, c'est celui fixé au lieu du résultat de l'atteinte illicite qui incarne le nœud de notre problématique. Couplé au mode universel de la parution par Internet, c'est lui qui soulève toutes les questions de *forum shopping* et de *libel tourism*.

893. Ce n'est pas tant sa définition géographique qui est remise en question : toutes tendances confondues, on s'accorde à dire que sa localisation se trouve dans chaque État dans lequel le site litigieux est disponible, et dans lequel il a atteint à la réputation de la victime.⁸⁸³ Plutôt que de définition, la problématique que soulève ce chef est une question de degrés : au vu du mode universel de la publication du réseau, comment peut-on interpréter cette règle pour qu'elle soit prévisible pour celui qui met du contenu à disposition sur Internet, sans pour autant nier à la victime son droit à l'accès judiciaire là où sa réputation a été atteinte ? Peut-on se fonder sur les seuls effets néfastes d'un site Internet disponible dans la juridiction du lieu du for, ou faut-il exiger un lien supplémentaire les rapprochant ? Si oui, comment caractériser ce lien ?

894. Notre étude a révélé que cette question a appelé trois réponses distinctes : l'application du principe de l'accessibilité, qui nie tout caractère spécifique à Internet ; l'application du *Zippo test*, qui prend comme étalon l'interactivité technique et commerciale d'un site, et enfin, l'emploi du *targeting test*, qui tend à prendre en compte la destination du site analysé.⁸⁸⁴ La critique de ces trois tests occupera la partie majeure de cette section : nous expliquerons en détail pourquoi les deux premières approches ne sont pas convaincantes, et pourquoi la troisième, si elle est encore brouillonne dans la pratique, a la capacité de saisir Internet de façon satisfaisante. De ce constat, nous développerons une typologie générale du *targeting test*, qui aboutira sur le développement d'un modèle qui incarnera la proposition principale de ce travail.

895. Une fois cette solution dégagée, nous nous demanderons s'il est souhaitable de permettre à la victime de recouper l'entier du dommage en ce lieu, ou s'il est préférable de conserver le principe de la mosaïque hérité de *Shevill*.

⁸⁸³ Voir *supra* p. 236.

⁸⁸⁴ Voir *supra* p. 238ss.

B) Le critère de l'accessibilité

1) Notion

896. Le critère de l'accessibilité n'est pas une invention récente.⁸⁸⁵ Il s'agit de la solution classique employée pour traiter des délits complexes commis par la presse papier, par la radio, ou par la télévision par satellite. S'appuyant sur le choix laissé aux opérateurs de ces médias quant à la portée géographique de leur publication, elle considère que toute publication diffamatoire peut être directement traitée par les tribunaux de chaque lieu de réception de cette communication.

897. Transposée à Internet, cette approche implique que la compétence au lieu du résultat peut être fondée dès le moment où un site Internet litigieux peut être consulté depuis la juridiction du tribunal du for. En d'autres termes, dès que les utilisateurs situés dans l'État du for ont accès à ce site, le lien de causalité entre celui-ci et le dommage sera considéré comme suffisant pour justifier l'exercice de compétence. *A contrario*, donc, les caractéristiques inhérentes de ce site, comme sa langue, sa destination commerciale, sa monnaie employée, ou la teneur de son message, ne sont pas examinés.

898. Il existe certes quelques limites à l'emploi de cette approche, qui découlent de l'exigence d'une atteinte concrète à la réputation subie dans l'État du for. Nous pouvons ici en mentionner deux: il faut d'abord que le site ait été consulté et lu par des utilisateurs situés dans l'État du for, de manière à substantier un dommage concret dans celui-ci. Il faut également que la victime dispose d'une réputation à défendre en ce lieu, sans quoi elle ne pourrait pas y être atteinte.⁸⁸⁶

899. Ces éléments limitatifs découlent des règles procédurales permettant d'apprécier l'existence d'un dommage suffisant pour permettre une action de procéder. Elles sont donc empreintes du droit interne, tant procédural que matériel, de l'État du for. Par exemple, l'Angleterre, qui en matière de diffamation combine une présomption de dommages avec la *multiple publication rule*, considère que ces conditions sont remplies dès qu'un site a été consulté une vingtaine de fois dans le pays, comme vu dans l'arrêt *Madras*.⁸⁸⁷ Le critère de l'accessibilité fera toujours donc jeu avec les règles de fond et avec les conceptions procédurales de chacun des États l'appliquant ; un écueil qu'il nous faudra bien garder à l'esprit lors de l'analyse qui suivra.

⁸⁸⁵ Pour notre résumé montrant l'emploi du critère de l'accessibilité dans les divers pays analysés dans notre travail, voir *supra* p. 238.

⁸⁸⁶ BERNHARD MAIER, How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?, 18 Int'l J. L. & Info. Tech. (2010), p. 142ss, spec. p. 150. Pour notre opinion sur l'efficacité de ces exigences, voir *infra* p. 265 ainsi que 309ss.

⁸⁸⁷ Voir *supra* p. 57-59 pour un exposé de ces règles, et 74ss pour la présentation de cet arrêt. En lien avec cette situation, voir aussi TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, I.C.L.Q. 2010, 59(1), p. 25ss, spec. p. 30. Cette pratique procédurale anglaise est également applicable aux litiges tombant dans le champ d'application du règlement Bruxelles I, l'arrêt *Shevill* ayant expressément permis aux Etats membres d'appliquer leurs conceptions nationales à la qualification préalable du la présence du fait dommageable. Voir *infra* p. 187ss, ainsi que GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-037.

900. Le critère de l'accessibilité amène sur un large pouvoir juridictionnel, et tend à protéger la réputation locale des victimes de diffamation. Il aboutit également sur un éparpillement mondial des compétences possiblement exercées sur un unique site web, et, par ricochet, peut aboutir à une multiplication des droits y possiblement applicables. Mais ce résultat ne serait-il pas une conséquence logique et prévisible de l'emploi d'un moyen de communication transfrontalier ? Pourquoi ne pas employer cette règle, qui pourtant a bien fonctionné pour d'autres médias à caractère international ? Enfin, quelles sont les difficultés pratiques liées à telle théorie ?

901. Au travers notre critique, nous argumenterons que ce critère est inadapté à notre problématique. Nous examinerons d'abord les points forts, puis les points faibles inhérents à l'emploi de ce critère. Ensuite, nous répondrons aux arguments avancés par les partisans de cette tendance. Enfin, à titre de conclusion, nous avancerons que son fondement théorique même est myope face aux caractéristiques du réseau. Cela nous amènera, par la même occasion, à nous opposer au maintien de cette doctrine opérée par la Cour de Justice dans l'arrêt *eDate*.

2) *Points forts*

a) Simplicité et efficacité

902. La plus grande qualité que nous pouvons trouver à cette approche de l'accessibilité est celle de la simplicité. Alors que toutes les autres propositions impliquent des tests plus ou moins malléables prenant en compte la nature d'un site Internet, celle-ci apporte des réponses rapides et claires. Ses critères sont fermement délimités, et il suffira qu'un site soit disponible et qu'il ait été consulté sur le territoire du for pour fonder la compétence. Nul besoin, donc, d'entrer dans de longues analyses sur le positionnement commercial ou sur l'intention de son exploitant.

903. Prolongement des solutions classiques employées en matière de presse papier, cette solution a aussi l'avantage d'être déjà connue, longuement pratiquée, et de ne pas soulever de divergences quant à son interprétation. Elle est facilement adaptable de tribunal en tribunal, voire d'État en État, et, à grande échelle, aboutirait sur une certaine cohérence d'application sur le plan international. Dit autrement, elle n'apporterait aucun élément déstabilisant pour l'harmonisation du droit. Les seules variations trouvées dans sa pratique internationale seraient dues aux différences, déjà connues, entre les procédures étatiques au sujet des publications physiques. Adopter l'accessibilité nous éviterait donc de réinventer la roue, ou tout du moins permettrait de favoriser une approche éprouvée, rapide et efficace à un bataillon de tests plus délicats à manier.⁸⁸⁸

⁸⁸⁸ En ce sens, voir CHRISTOPHE CARON, *Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises*, *Comm. com. électr.* (Avril 2004), p. 26ss, spec. p. 27; CYRIL CHABERT, *La distinction entre site passif et site actif à l'épreuve des conflits de juridictions*, *JCP G 15* (2004), p. 685ss, spec. p. 686.

b) Protection des victimes

904. Une autre qualité que nous pouvons attribuer à l'approche de l'accessibilité se situe au niveau de la protection des droits des victimes de diffamation et d'autres atteintes à la personnalité. Avec cette approche, ces dernières peuvent choisir parmi les tribunaux de chacun des États touchés par le dommage. Cela leur garantit un accès judiciaire proche, qui ne sera pas restreint par des préoccupations imprévisibles telles que le *targeting*. Le principe de l'accessibilité est la solution qui se soucie le plus de lui permettre de redresser l'atteinte à la réputation là où elle aura produit ses effets.

905. De plus, de par ce choix, les victimes pourront largement influencer sur le droit national finalement applicable à leur demande. Cela garantit que toute victime de diffamation par Internet pourra au moins se prévaloir de ses standards nationaux de protection de la personnalité. Mieux, elles pourront également se prévaloir de standards plus favorables, trouvés dans des États tiers également touchés par le dommage. Le principe de l'accessibilité est, de toutes les approches, celui qui se soucie le plus sérieusement de protéger les droits de la personnalité.

3) Points faibles

a) Compétence universelle et absence de critères déterminatifs

906. Selon le principe de l'accessibilité, un tribunal peut fonder sa compétence à l'encontre d'un site Internet dès le moment où celui-ci est accessible depuis les ordinateurs de sa juridiction. Or, étant donné l'ubiquité d'Internet, tout site est naturellement disponible partout en même temps. En conséquence, l'exploitant d'un site litigieux pourrait potentiellement être attiré devant les cours de chacun des pays du monde entier. De façon corollaire, tout juge national pourrait être universellement compétent pour traiter de tout site Internet disponible sur son territoire.⁸⁸⁹

⁸⁸⁹ Dans notre sens, voir OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, Rev. Crit. DIP num. 93 (3) (2004), p. 632ss spec. p. 642; ERIC A. CAPRIOLI, Droit international de l'économie numérique, *op. cit.*, par. 46; GREGORY S. COOPER, A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World, 8 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y, p.2ss, spec. sec. II; NICHOLAS DALTON / JEAN-PHILIPPE HUGOT, The Universal Jurisdiction of French Courts in Civil and Criminal Cases: the Road to Digital Purgatory?, 13 (3) Ent. L. R. (2002), p. 49ss, spec. p. 50-51; MATTHEW FAGIN, Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values, 9 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. (2003), p. 395ss, spec. p. 433-434; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 30; UTA KOHL, Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick, 52(4) I.C.L.Q. (2003), p. 1049ss , spec. p. 1056; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, in: CHRISTIAN LE STANC (ed.), Jurisclasseur Communication, 2006-2009, pars. 38-39; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, 19 Eur. J. Int'l L. (2008), p. 799ss, spec. p. 811-813; VALÉRIE SÉDAILLIAN, Commentaire de l'affaire Yahoo!, Juriscom.net vol.2, <<http://lthoumyre.chez.com/chr/2/fr20010112.htm>>, pars. 17-28; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-048; LAURENCE USUNIER, Note sur l'arrêt Delticom AG c. Sté Pneus Online Suisse, JDI 3 (2010), p. 870ss, spec. p. 883; BRIAN P. WERLEY, Aussie Rules : Universal Jurisdiction over Internet Defamation, 18 Temp. Int'l & Comp L. J. (1999), p. 199ss, spec. p.226-227. Cette conclusion se fait nonobstant la prise en compte de techniques de géolocalisation et de filtrage. Pour notre discussion sur leur prise en compte au sein de l'application du critère de l'accessibilité, voir *infra* p. 266ss.

907. Comme expliqué par LAURENCE USUNIER, cette universalité de la compétence fait que le critère de l'accessibilité n'a, en réalité, pas la vocation à sélectionner et à reconnaître les tribunaux qui seront compétents, ce qui devrait pourtant être la fonction fondamentale d'un point de rattachement :

« Faire du critère de l'accessibilité le critère de compétence du juge français en matière de délits électroniques revient dès lors à donner compétence au juge français pour connaître de tous les sites Internet du monde (du moins des agissements délictueux commis sur tous les sites du monde). Or le moins que l'on puisse exiger d'un critère de compétence, et plus largement d'un critère de rattachement, est qu'il discrimine, qu'il permette de départager les situations relevant de la compétence de l'ordre juridique du for de celles ne relevant pas de sa compétence. Indépendamment même du fait qu'il conduit à donner compétence au juge français dans des situations où, de toute évidence, aucun dommage n'a été subi en France, de sorte que l'action est vouée à l'échec sur le fond, le défaut du critère de l'accessibilité est donc de n'être pas un critère de compétence du tout, dans la mesure où il n'apporte pas la moindre limitation à la compétence du juge français. »⁸⁹⁰

Nous nous accordons avec cette critique : en acceptant la compétence sur l'unique disponibilité d'un site, ce critère ne peut que permettre l'universalité géographique de la compétence judiciaire, et n'offre aucun outil pour la discriminer, ou la qualifier. Cette vacuité fait que le « critère » de l'accessibilité n'en est pas un.

908. Selon les adhérents de l'accessibilité, l'universalité de la compétence est justifiée par le risque accru d'atteintes illicites, apporté par l'ubiquité d'Internet ; ce dernier permettant à tout message diffamatoire ou autrement illicite de se propager dans le monde entier en peu de temps. Comme exprimé par les juges de l'affaire *Gutnick*, Internet est un média à caractère global dont les acteurs devraient être conscients de la portée universelle. Lorsqu'un fournisseur de contenu met en ligne un site, il devrait être tenu de prendre en compte, au même titre que l'éditeur d'ampleur internationale en matière de presse papier, les risques juridiques internationaux liés aux effets de sa publication.⁸⁹¹

909. Ces arguments se doivent d'être rejetés. A notre sens, même si effectivement Internet apporte un certain risque accru d'atteintes transnationales,

⁸⁹⁰ LAURENCE USUNIER, précit. note précédente.

⁸⁹¹ Voir *supra* p. 62-64. Rejoignant cette tendance, voir OREN BIGOS, *Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet*, *op. cit.*, p. 612; PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, 98 *Nw. U. L. Rev.* (2004), p. 473ss, spec. p. 490; YOUSEPH FARAH, *Jurisdictional Aspects of Electronic Torts, in the Footsteps of Shevill Press Alliance SA*, *C.T.L.R.* 2005, 11(6), p. 196ss, spec. p. 198; ANDRÉ HUET, *Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer*, *JDI* 3 (2004), p. 878-879; BERNHARD MAIER, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?*, *op. cit.*, p. 154-156 (plus modéré, mais estime les peurs liées à la compétence universelle exagérées). En lien avec le développement de plates-formes du type web 2.0, comme Facebook ou Youtube, voir également ALLISON MAC DONALD, *Youtubing Down the Stream of Commerce : Eliminating the Express Aim Requirement for Personal Jurisdiction in User Generated Internet Content Cases*, 19 *Alb. L. J. Sci. & Tech.* (2009), p. 519ss. (argumente que l'apparition de ces nouveaux modes de publication sur Internet permet de faire véhiculer encore plus rapidement les atteintes à la réputation, d'une façon globale et irréversible, et qui exige une réponse juridictionnelle appropriée et capable de protéger les intérêts des victimes).

l'idée d'une responsabilité mondiale inhérente à l'utilisation d'Internet repose sur une analogie difficile avec le monde de la presse papier ; analogie ignorante de la réalité pratique de son mode de publication. Si Internet est un média dont la portée est universelle, il n'en découle pas pour autant que tous les messages qui s'y trouvent aient tous un tel caractère universel. Au contraire, le réseau est fortement segmenté, et ce, tant au niveau horizontal de sa géographie, qu'au niveau vertical des moyens mis à disposition des fournisseurs de contenu.⁸⁹²

910. Horizontalement, le fait qu'un site soit mondialement disponible ne préjuge pas forcément de son impact géographique. Il est par exemple difficile d'argumenter qu'un site accessible depuis la Suisse et rédigé entièrement en chinois ou en japonais s'adresse au public de cette juridiction avec la même intensité qu'un site rédigé en allemand ou en français.⁸⁹³ Il est également peu concevable que les versions en ligne de journaux physiques à teneur régionale, comme *La Côte*⁸⁹⁴ ou le *Nouvelliste*,⁸⁹⁵ s'adressent pareillement à la planète entière. Dans ces exemples, les éléments tels que la langue, la portée et la teneur des services offerts indiquent que la portée géographique réelle de ces sites est distincte de sa disponibilité technique. Un critère fondé sur cette unique donnée est donc aveugle à cette réalité.

911. Verticalement, également, Internet est segmenté. Autant il sera probable que de grandes agences de presse, telles que *Dow Jones*, s'adressent à un public international, autant cela ne sera peut-être pas le cas d'un blogueur ou d'un éditeur de moindre envergure. Or, le critère de l'accessibilité les met sans raison sur un pied d'égalité, en assumant que tous désirent publier à l'échelle mondiale.

912. Ces quelques exemples de segmentation nous indiquent que l'universalisme du critère de l'accessibilité est injustifié et qu'il reste volontairement aveugle aux éléments permettant de distinguer la portée effective d'une publication sur le réseau.

b) Risques de forum shopping

913. La conséquence pratique de cette évacuation de critères déterminatifs est évidente : la compétence universelle attribuée aux tribunaux facilite le *forum shopping*,

⁸⁹² En ce sens, voir GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUURA, *Law of the Internet*, *op. cit.*, vol. 1., p. 3.84.2 et 3-85; JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, *op. cit.*, p. 49-53; GRAHAM J. H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, *op. cit.*, par. 6-048; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 284-285. Ces réflexions rejoignent aussi les caractéristiques du réseau que nous avons isolées en *supra* p. 27ss.

⁸⁹³ Un exemple d'un tel site pourrait être Nico Nico Douga (<<http://www.nicovideo.jp>>), qui est le pendant japonais de Youtube. Ce site est entièrement rédigé dans cette langue, et nécessite la création d'un compte via une procédure en japonais pour accéder à son contenu. Mais il reste pleinement accessible depuis le monde entier. Récemment, ce site s'est vu adjoindre une traduction de ses textes dans d'autres langues, comme l'espagnol et l'anglais. Cela pourrait traduire d'un possible impact voulu dans d'autres pays, mais la prise en compte de cet élément ne serait faisable que si l'on adopte un test du type *targeting* : en matière d'accessibilité, ce site s'adresserait de façon égale à la planète entière (dernière visite le 30.06.12).

⁸⁹⁴ <<http://www.lacote.ch>> La Côte est un journal suisse traitant de la région côtière du Lac Léman, allant de Nyon jusqu'à Rolle. (dernière visite le 30.06.12).

⁸⁹⁵ <<http://www.lenouvelliste.ch>> Le Nouvelliste est un journal suisse consacré aux nouvelles du canton du Valais. (dernière visite le 30.06.12)

et tend à encourager la pratique du *libel tourism*. Face à un large éventail de tribunaux, tous possiblement compétents à l'encontre d'un site globalement disponible, la victime d'une atteinte peut sans encombre porter son affaire auprès de celui qui l'avantagera le plus. Elle le fera pour bénéficier de règles de conflit pointant vers un droit de fond favorable, ou pour disposer d'une procédure plus souple. Ou encore, elle le fera dans le seul but de frustrer le défendeur, en le forçant à aller se défendre dans un État éloigné de sa résidence habituelle.

914. Cela sera possible même si le tribunal en question n'a aucun lien avec les faits fondant le litige. Dès que le site lui est accessible, il sera compétent. En ce sens, le critère de l'accessibilité n'offre aucun outil pour combattre le *libel tourism*. Il n'est donc pas étonnant de constater que la juridiction privilégiée aujourd'hui par cette pratique est l'Angleterre, un État qui combine le principe de l'accessibilité à des règles de conflit de lois pointant aisément vers la *lex fori* lorsque le dommage est local, ledit droit de fond étant très favorable aux actions en diffamation.

915. Notre argumentation est partagée par la prise de conscience qui a peu à peu colorée l'attitude des acteurs de notre étude. Dans le rapport du *Libel Working Group* anglais ainsi que dans les rapports du Parlement Européen, les législateurs ont reconnu les dangers posés par la largeur du critère de l'accessibilité, et ont estimé qu'il était nécessaire d'enrayer le mécanisme du *libel tourism*. Ces rapports ont également mis en évidence un prix invisible de cette pratique, qui dépasse les quelques *leading cases* que nous avons présentés au cours de ce travail : une fois menacés par une action en diffamation portée dans un for favorable, les fournisseurs de contenu préfèrent régler le litige en dehors des tribunaux par la voie de *settlements*. Le prix réel du *forum shopping* a donc une part considérable d'obscurité, et est peut être bien plus élevé que ce que la jurisprudence nous laisse entrevoir.⁸⁹⁶

916. En résumé, le principe de l'accessibilité rend le *forum shopping* trop aisé, car aucune préoccupation autre que la disponibilité technique d'un site ne vient s'adjoindre à la réflexion du juge.

c) Manque de prévisibilité pour le défendeur

917. Liée de façon endémique à la question du *forum shopping* est celle de la prévisibilité juridique. Le critère de l'accessibilité n'offre aucun outil permettant à un tribunal, n'entretenant que des liens ténus avec le litige, de s'abstenir d'exercer son pouvoir juridictionnel à l'encontre d'un fournisseur de contenu. Ce dernier pourra donc très bien être poursuivi devant des tribunaux qui lui sont étrangers, sous des règles procédurales qui ne lui sont pas familières ainsi que des règles de conflit de lois qui lui sont également – par manque d'harmonisation – imprévisibles. Par ricochet, son message pourrait donc également être traité sous un droit de fond qui

⁸⁹⁶ Voir *supra* p. 89 pour les réflexions en ce sens dans le rapport anglais, ainsi que p. 216 et 220 pour les rapports européens. Également au sujet de ce coût invisible du *forum shopping*, voir EMIL PETROSSIAN, In Pursuit of the Perfect Forum : Transnational Forum Shopping in the United States and England, 40 Loy. L.A. L. Rev. (2007), p. 1257ss, spec. p. 1268-1269.

n'était pas entré dans ses considérations au moment de son chargement en ligne.⁸⁹⁷ La prévisibilité du for compétent – et de tout ce qui en découle – fait donc défaut au critère de l'accessibilité, indifférent qu'il est de la conduite du défendeur. Le droit international privé se devant d'éviter ce type de surprises, sur ce point le critère de l'accessibilité apparaît comme particulièrement inadapté.

d) Danger pour la liberté d'expression sur Internet

918. Une critique souvent avancée à l'encontre du critère de l'accessibilité porte sur le risque d'une péjoration de la liberté d'expression sur le réseau. L'argument est que, afin d'éviter cette surprise liée à la multiplication des fors et des droits applicable, les auteurs du réseau préféreraient se censurer, ou tout du moins aligner leurs écrits avec les droits les plus sévères. On assisterait alors à une sorte de nivellement par le bas de la liberté d'expression sur la toile, motivé par une peur généralisée de poursuites judiciaires initiées dans des fors favorables aux demandeurs.⁸⁹⁸ C'est, en substance, la critique qui avait été adressée en 2008 de la part du Comité des Droits de l'Homme à l'attention de l'Angleterre.⁸⁹⁹

919. Si ce danger existe, nous estimons qu'il ne doit cependant pas être exagéré. Les auteurs accordant un poids prédominant à cet argument sont souvent de tradition américaine et sont soucieux de préserver sur Internet des standards de liberté d'expression analogues à ceux garantis par le *First Amendment*.⁹⁰⁰ Or, le respect du pluralisme interétatique sur Internet ne passe pas forcément par l'application d'une

⁸⁹⁷ Dans notre sens, voir MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1356-1357; DOUGLAS W. VICK / LINDA MACPHERSON, *Anglicizing Defamation Law in the European Union*, 36 Va. J. Int'l L. (1996), p. 933ss, spec. p. 964; BRIAN P. WERLEY, *Aussie Rules : Universal Jurisdiction over Internet Defamation*, *op. cit.*, p.231. Voir également les auteurs cités dans la section précédente.

⁸⁹⁸ En ce sens, voir MATTHEW CHIVVIS, *Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction*, 41 U.S.F. L.Rev. (2007), p. 699ss, spec. p. 705-707; JOHN DI BARI, *A Survey of the Internet Jurisdiction Universe*, 18 N.Y. Int'l L. Rev. (2005), p. 123, spec. p. 166; NATHAN W. GARNETT, *Dow Jones & Co v Gutnick: Will Australia's Long Jurisdictional Reach Chill Internet World-Wide?*, Pac. Rim. L. & Pol'y J. (2004), p. 61ss, spec. p. 75-76; UTA KOHL, *Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick*, *op. cit.*, p. 1056; LILI LEVI, *The Problem of Trans-National Libel*, 60 Am. J. Comp. L., p. 507ss, spec. p. 512-523; JULIEN MAILLARD, *Freedom of Speech, the Internet, and the Costs of Control: the French Example*, 33 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. (2001), p. 1179ss, spec. p. 1212-1216; THOMAS SCHULTZ, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces*, *op. cit.*, p.812-813; BRIAN P. WERLEY, *Aussie Rules : Universal Jurisdiction over Internet Defamation*, *op.cit.*, p.230-231.

⁸⁹⁹ Voir *supra* p. 52.

⁹⁰⁰ Pour des exemples reflétant cette peur d'une érosion du *First Amendment* sur Internet, voir ABBEY L. MANSFELD, *Cyber-Libeling the Glitterati: Protecting the First Amendment For Internet Speech*, 9 Vand. J. Ent. & Tech. L. (2007), p. 897ss, spec. p. 925 ("*The concern with Australian law, which should be shared by both scholars and publishers, is with the country's broad exercise of jurisdiction over American defendants, causing the elimination of First Amendment free speech rights on the Internet.*"); CHRISTOPHER WOLF, *Student Note, A Comment on Private Harms on the Cyber World*, 62 Wash. & Lee L. Rev., p. 335 ("*If the Australians don't get the online version of The Washington Post (or the New York Times or Wall Street Journal for that matter), it may be because their courts don't get the importance of First Amendment principles in circumscribing libel liability to foster free speech and a free press.*"); MICHELLE A. WYANT, *Confronting the Limits of the First Amendment : A Proactive Approach for Media Defendants Facing Liability Abroad*, 9 San Diego Int'l L. J. (2008), p. 367, spec. p. 400 ("*[...]By publishing articles through the Internet or other global media, a publisher foregoes the speech protections that he would otherwise have in the United States.*").

liberté d'expression à l'américaine, qui reste exceptionnelle. Le fait que des tribunaux puissent exercer leur compétence à l'encontre de sites provoquant des effets sur leur territoire, et qu'ils y appliquent un droit différent reste une conséquence naturelle du pluralisme juridique auquel Internet est soumis et ne menace pas de façon sérieuse le noyau dur du droit à la libre expression garanti sur le plan mondial.⁹⁰¹ Nous estimons donc que même si le critère de l'accessibilité comporte des défauts rédhibitoires, il n'incarne pas pour autant un danger aussi urgent et fondamental pour l'ordre juridique international.

920. Dans une moindre mesure, il est vrai que le large pouvoir juridictionnel unilatéral permis par ce critère de l'accessibilité a de quoi frustrer certains États qui voient leurs citoyens se faire condamner à l'étranger selon des standards différents de ceux qui leurs sont normalement garantis. Ce type de frictions interétatiques nuit à l'harmonie du développement international et peut mener à des mésententes, des rétorsions, voire à un dysfonctionnement du système. C'est cette frustration qui a mené à l'adoption du SPEECH Act, passé en 2010 par le gouvernement américain, et qui exclut de façon impérieuse l'exécution locale des jugements étrangers ne respectant pas le *First Amendment*.⁹⁰² Ainsi, même si il ne menace pas forcément le fondement de la liberté d'expression, l'emploi aveugle du critère de l'accessibilité nous apparaît dans l'ensemble comme nuisible à l'harmonie interétatique.⁹⁰³

4) *Réfutation des arguments en faveur du critère de l'accessibilité*

921. De l'avis de certains auteurs, les craintes liées à l'exercice universel de compétence amené par le critère de l'accessibilité sont exagérées. Ils reconnaissent que cette méthodologie est dénuée de critères déterminants, qu'il peut amener au *forum shopping* et qu'il peut poser des problèmes de prévisibilité. Mais trois éléments, selon eux, justifient, ou sinon allègent, ces défauts : le frein naturel amené par la procédure d'exéquat, l'exigence d'une réputation dans le for en tant que condition à la reconnaissance d'un dommage suffisant pour fonder la compétence, et enfin la

⁹⁰¹ Dans ce sens, voir JACK GOLDSMITH / TIM WU, Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world, *op. cit.*, p. 154-158; DAVID PARTLETT, *The Libel Tourist and the Ugly American: Free Speech in an Era of Modern Global Communications*, 47 U. Louisville L. Rev., 2009, p. 629ss; JOËL R. REIDENBERG, L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet, *Comm. com. élect.* (Mars 2001), *chron.* 12, *spec.* p. 17-18.

⁹⁰² Voir *supra* p. 2 et notes y relatives.

⁹⁰³ GREGORY S. COOPER, A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World, *op. cit.*, secs. II et IV; MATTHEW FAGIN, Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values, *op. cit.*, p. 409-415 (cet auteur note la progressive "désaméricanisation" du réseau Internet depuis 1995, et note que, à long terme, la lutte de valeurs amenée par l'exercice trop facilement acquis de la compétence ne peut mener qu'à des résultats nuisibles pour tous les acteurs en jeu); MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1357-1359; UTA KOHL, Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick, *op. cit.*, p. 1056; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, *op. cit.*, p. 814-815; DOUGLAS W. VICK / LINDA MACPHERSON, Anglicizing Defamation Law in the European Union, *op. cit.*, p. 962-968 (quoique en dehors du contexte d'Internet, ces auteurs argumentent que le *libel tourism* en faveur des cours anglaises peut créer un profond dysfonctionnement du domaine de la diffamation au niveau européen). Plus pragmatique, voir TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 34 (estime que ces conflits de valeurs resteront insolubles, et que l'attitude américaine qui consiste à fermer l'exécution peut-être un bon palliatif).

possibilité pour les fournisseurs de contenu d'utiliser des outils de géolocalisation pour éviter le contact avec les juridictions non désirées. Tour à tour, nous examinerons ces trois arguments, et nous montrerons en quoi ils ne comblent pas pour autant les carences.

a) Le remède de l'exécution

922. Selon certains auteurs, les difficultés liées à l'exécution internationale constituent un premier frein naturel aux généreuses latitudes juridictionnelles permises par le critère de l'accessibilité. Un jugement obtenu via un *forum shopping* évident ne sera d'aucune utilité pour un demandeur s'il ne peut pas le faire exécuter dans un État où le défendeur dispose de biens. Et là, le mécanisme de la reconnaissance et de l'exécution protégera de façon proportionnée la prévisibilité du fournisseur de contenu, qu'il soit un auteur amateur ou une entité professionnelle.⁹⁰⁴

923. D'une part, les auteurs privés amateurs et autres blogueurs n'entretiennent de liens étroits qu'avec l'État de leur domicile et de leur résidence, ou tout au plus avec une petite poignée d'États. Dans ce cas de figure, le *libel tourist* devra obligatoirement venir en ce lieu et y présenter un jugement compatible avec les standards de cet ordre juridique. Ainsi, l'effet réel d'un jugement étranger sur un auteur de petite envergure serait quasiment nul s'il a été rendu à l'étranger et en fonction de standards imprévisibles pour lui. L'argument se retrouve dans la procédure qui a mené à l'adoption du SPEECH Act aux États-Unis: les tribunaux étrangers peuvent certes condamner les auteurs individuels américains selon des standards ne respectant pas le *First Amendment*, mais ces jugements seront alors voués à rester lettre morte.⁹⁰⁵

924. De l'autre part, les fournisseurs de contenu de plus grand envergure, tels que les sociétés d'édition multinationales, seraient vulnérables dans chacun des États dans lesquelles ils disposeraient de biens. Cette situation n'a rien de choquant, car ces personnes-là, de par leur activité déployée à l'échelle internationale, prennent le risque de se soumettre aux standards des États dans lesquels elles s'implantent. En structurant leur activité de façon cohérente, elles sont capables de prévoir dans quelles juridictions elles seront attirées, et dans quels lieux leurs biens seront vulnérables.

925. Bien que d'un admirable pragmatisme, ce trait d'argumentation ne nous convainc pas entièrement. Il est vrai que l'exécution à son rôle à jouer au sein de notre problématique, mais, pour quatre raisons, nous estimons qu'elle n'est pas

⁹⁰⁴ En ce sens, voir CHRISTOPHE CARON, Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, p. 27; LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, par. 35-142; JACK GOLDSMITH / TIM WU, Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world, *op. cit.*, p. 158-160; JOHN DI BARI, A Survey of the Internet Jurisdiction Universe, *op. cit.*, p. 165; HORACIA MUIR-WATT, Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?, 23 Mich. J. Int'l L. (2003), p. 673ss, spec. p. 690-691. Le même argument a aussi été soulevé par les juges de l'affaire *Gutnick* pour justifier leur emploi du critère de l'accessibilité, voir en *supra* p. 64.

⁹⁰⁵ Voir *supra* p. 2-3 et notes y relatives.

suffisante pour contrer les effets néfastes d'une compétence trop facilement acquise.⁹⁰⁶

926. En premier lieu, l'entier de l'argumentation fondée sur la procédure d'exécution est affaibli au sein de l'espace de coopération judiciaire européen. Dans ce contexte, le principe de la libre circulation des jugements permet de faire la reconnaissance et l'exécution facilitée des jugements au sein des pays membres.⁹⁰⁷

927. En second lieu, il n'est pas certain que l'inexécutabilité de ces jugements soit capable d'enrayer le *forum shopping*. Rappelons l'exemple de Bin Mahfouz.⁹⁰⁸ Sa stratégie judiciaire avait pour but de dissuader l'activité journalistique à son égard à l'aide des effets secondaires des procédures étrangères qu'il entreprenait : peur de devoir se défendre dans un for éloigné ; difficulté de s'y défendre pour cause des coûts de déplacement et de procédure ; baisse de réputation journalistique par l'obtention d'une condamnation pour diffamation ; voire publication à titre exemplaire du jugement condamnatore sur le site de la personnalité diffamée. La recherche de l'*exequatour* proprement dite n'est qu'un but secondaire pour le *libel tourist*, qui bien souvent n'essaye même pas de l'employer. Elle n'est donc pas forcément une limite efficace à ce type de stratégie.⁹⁰⁹

928. Il n'est pas non plus certain que les éditeurs individuels soient adéquatement protégés par le mécanisme de l'exécution. La globalisation aidant, de plus en plus d'individus voyagent, font des affaires et transfèrent leur capitaux aux quatre coins du monde. Il devient de moins en moins difficile pour un demandeur d'« attraper » un éditeur de faible envergure dans un lieu où ce dernier dispose de quelques biens.

929. Finalement, d'un point de vue plus théorique, cette solution nous apparaît comme déséquilibrée et inefficace. Le domaine de l'exécution existe certes pour remédier à des conflits découlant de l'exercice légitime et concurrent des souverainetés d'une multiplicité d'États, mais elle ne remplace pas pour autant le développement d'une solution adéquate au niveau de la compétence. Se fonder sur le

⁹⁰⁶ Rejoignant de façon générale notre argumentation pour cette section, voir OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p.642; UTA KOHL, Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick, *op. cit.*, p. 1056; LILI LEVI, The Problem of Trans-National Libel, *op. cit.*, p. 529-532; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, *op. cit.*, p. 813-814; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 283. En ce sens, voir également ERIC BARENDT, Jurisdiction in Internet Libel Cases, 110 Penn. St. L. Rev. (2006), p. 727ss, spec. p. 737 (estime pour des raisons similaires que la question de l'exécution ne devrait pas influencer sur la réflexion sur l'attribution de la compétence).

⁹⁰⁷ Nous rejoignant sur ce point précis, voir, GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-042. Cette affirmation se fait sous réserve des motifs de refus de reconnaissance prévus par l'art. 34 RB, et plus particulièrement la réserve de l'ordre public contenu en son chiffre 1. L'interprétation restrictive de ce motif de refus, qui tend à le ramener à l'essence même de l'ordre public international, nous indique cependant que les cas de refus seront rares. Voir *CJCE*, 11.05.00, Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA, RJ 2000 p. I-02973, *CJCE*, 28.05.00, Krombach c. Bamberski, RJ 2000 p. I-01935, ainsi que HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *op. cit.*, pars. 400-401; STÉPHANIE FRANCO, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation, *op. cit.*, p. 565ss, spec. p. 16-18 et 578-579.

⁹⁰⁸ Voir *supra* p. 1ss.

⁹⁰⁹ En ce sens, quoique plus modéré, voir ERIC BARENDT, Jurisdiction in Internet Libel Cases, *op. cit.*, p. 737.

mécanisme de l'exécution pour pallier au trop-plein juridictionnel amené par le critère de l'accessibilité, c'est nier le rôle utile du domaine de la compétence au sein de la construction du droit international privé. Si les règles juridictionnelles posent de tels problèmes, elles doivent être adaptées, et non se maintenir en se reposant sur l'existence de l'éventuel filet de sécurité qu'est l'exécution. Filet qui, comme nous venons de l'exposer, ne sera pas complètement efficace. Des questions d'économie de procédure militent également dans notre direction : il nous semble inélegant de permettre aux tribunaux de se déclarer compétents, d'entamer des procédures complètes, et de finalement rendre des jugements ineffectifs.

930. Le domaine de l'exécution peut être un palliatif naturel à la largeur juridictionnelle amenée par l'exercice du critère de l'accessibilité. Mais il comporte des lacunes, et ne remplace pas convenablement l'élaboration d'une règle de compétence adaptée à Internet. Pour ces raisons, nous rejetons ce train d'argumentation.

b) Nécessité d'une réputation pour fonder le dommage

931. Dans l'arrêt *Dow Jones v. Gutnick*, la majorité des juges estima que le principe de l'accessibilité n'allait pas pour autant mener à une compétence universelle. Cela, parce qu'une diffamation ne peut être retenue que dans les lieux où la victime dispose d'une réputation, ce qui limite naturellement le nombre de fors disponibles. Dans ses propres mots :

« [...] the spectre which Dow Jones sought to conjure up in the present appeal, of a publisher forced to consider every article it publishes on the World Wide Web against the defamation laws of every country from Afghanistan to Zimbabwe is seen to be unreal when it is recalled that in all except the most unusual of cases, identifying the person about whom material is to be published will readily identify the defamation law to which that person may resort.»⁹¹⁰

Selon cette réflexion, le problème de l'imprévisibilité des fors et des droits applicables à un article disponible sur le réseau serait réglé par la répartition territoriale de la réputation des personnes concernées.

932. Cet argument n'est pas non plus convaincant, car il ignore, en partie d'ailleurs à cause du développement d'Internet en tant que média global, que de plus en plus de personnes jouissent d'une réputation d'envergure internationale, sinon mondiale. Celle-ci peut être atteinte dans une multitude d'États différents, réduisant alors à néant la prévisibilité énoncée par cet argument.⁹¹¹ De plus, notre étude nous a montré que ce critère n'est pas examiné de façon très sérieuse par les tribunaux, et

⁹¹⁰ *High Court of Australia*, 10.12.02, *Dow Jones and Co. v Gutnick*, [2002] HCA 56. par. 39. Rejoignant cette conception, voir LAWRENCE COLLINS / ADRIAN BRIGGS / JONATHAN HARRIS / DAVID McCLEAN / CAMPBELL McLACHLAN / C.G.J. MORSE, Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, par. 35-142.

⁹¹¹ Dans notre sens, TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 30; UTA KOHL, Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: *Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick*, *op. cit.*, p. 1056-1057; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-042; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 281-282.

qu'il suffit qu'une personne soit généralement « connue » en un lieu pour que cette exigence soit remplie. Dans l'arrêt *Lewis v. King*, le promoteur américain Don King n'aura eu qu'à alléguer qu'il était un promoteur connu du milieu de la boxe, et que la boxe intéressait le public anglais, pour que le juge de première instance retienne qu'il disposait d'une réputation en Angleterre.⁹¹² Dans *Mardas v. New York Times*, un ressortissant grec vivant dans ce pays fut similairement considéré comme disposant d'une réputation anglaise car il y avait vécu dans le passé, et que certains membres de sa famille s'y trouvaient.⁹¹³

c) Filtrage par emploi de technologies de géolocalisation

933. Un dernier argument permettant de justifier la teneur large du critère de l'accessibilité repose sur la possibilité pour les fournisseurs de contenu, d'employer des technologies de géolocalisation capables d'identifier la provenance de leurs visiteurs, de l'enregistrer, et de trier lesquels d'entre eux auront accès à leur contenu. Nous avons vu que cette pratique est d'ores et déjà une réalité sur Internet, plébiscitée par un nombre croissant de fournisseurs de contenu.⁹¹⁴

934. Rapprochant Internet d'un moyen traditionnel de publication, ces possibilités de géolocalisation pourraient agir comme une limite technologique naturelle et suffisante à l'exercice de la compétence judiciaire. Dans leur fonction négative de filtrage, elles offrent aux fournisseurs de contenu le choix de faire pénétrer ou non leur site au sein d'une juridiction, ce qui détruirait les objections adressées au critère de l'accessibilité. En d'autres termes, le contrôle des lecteurs d'un site Internet est désormais permis au même titre que dans la presse papier ; de ce simple fait, toutes les critiques lancées à l'encontre de la largeur de ce critère disparaîtraient d'elles-mêmes.⁹¹⁵ Comme l'exprime la professeure MUIR-WATT dans un article de 2003 :

« As filtering technology improves, the risk of accidental spillover decreases: "zoning" techniques lessen the force of the argument that effects can accidentally arise anywhere. The flow of information can be mastered in cyberspace, in the same way that one can avoid sending publications via traditional media deliberately into another State. [...]

Contrary to popular belief, overregulation can be mastered more easily in cyberspace than in the real world, which provides far less opportunity for the fine-tuning of regulatory jurisdiction. Courts can limit the restrictive effect of regulation and incriminations to activities that directly affect welfare within their own jurisdiction.

⁹¹² Voir *supra* p. 70.

⁹¹³ Voir *supra* p. 75.

⁹¹⁴ Voir *supra* p. 36ss.

⁹¹⁵ GREGORY S. COOPER, *A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, *op. cit.*, sec. III, pars. 1-6; JACK GOLDSMITH / TIM WU, *Who Controls the Internet ? : illusions of a borderless world*, *op. cit.*, p. 159-160; HORACIA MUIR-WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, *op. cit.*, p. 687-689 (cette auteure est cependant plus séduite par l'emploi d'un *targeting test* que du critère de l'accessibilité); JOËL R. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, 153 U. Pa. L. Rev. (2005), p. 1951, spec. p. 1954-1956 et 1961-1962; THOMAS SCHULTZ, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces*, *op. cit.*, p. 819-820.

Unnecessary regulatory spillover can be avoided if restrictions to the free flow of information, for example, can be limited to a given set of geographically located users.»⁹¹⁶

935. Le *leading case* permettant d'illustrer cet argument est l'affaire française *Yahoo !*. Pour mémoire, celui-ci vit la société américaine *Yahoo !* se faire condamner par la justice française pour avoir exposé des ventes aux enchères d'objets nazis, licites en Amérique mais illicites en France, sur la partie américaine de son site. Bien que rédigé en anglais, celle-ci était librement accessible depuis la France, ce qui fut suffisant pour justifier la compétence du tribunal français.⁹¹⁷ Au-delà de la compétence proprement dite, il était question d'une injonction mandant la firme de garder les visiteurs français hors de son site. Au fil de ses ordonnances, le juge fit attention que ce procédé ne prive pas *Yahoo !* de l'exploitation légitime de son site en dehors des frontières françaises. Pour cela, il manda des experts afin de savoir s'il était possible pour la firme d'empêcher aux internautes français, et à eux seuls, d'accéder au contenu litigieux. Comme cela était le cas, il condamna la société de prendre des mesures à cet effet.⁹¹⁸

936. Cet arrêt met en avant le caractère limitatif du filtrage permis par les technologies de géolocalisation, qui serait à même de tempérer la permissivité excessive du critère de l'accessibilité. A l'issue de cette injonction, *Yahoo !* gardait le choix de porter son activité ou non auprès du public français. Si elle le faisait, il lui fallait accepter que sa conduite pouvait provoquer des effets dans cette juridiction, et se devait de modifier son comportement en conséquence. Mais rien dans cette interdiction ne l'empêchait d'exploiter comme elle l'entendait son site d'enchères dans les lieux où celui-ci était licite. Un certain équilibre était donc atteint.⁹¹⁹ Cet exemple de l'effet limitatif de la géolocalisation nous permet d'entrevoir deux modèles distincts de leur intégration dans l'analyse juridique.

937. Le premier modèle tire une analogie directe entre la presse papier et Internet. Il considère que le déploiement cohérent de techniques de géolocalisation, dans leur rôle négatif de filtrage, est une obligation stricte incombant aux fournisseurs de contenu. De cet axiome, nous pouvons tirer trois conséquences :

⁹¹⁶ HORACIA MUIR-WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, *op. cit.*, p. 687-688.

⁹¹⁷ Ce résumé est néanmoins une large simplification de cet aspect des ordonnances rendues par la Cour d'Appel de Paris. En réalité, le juge n'a pas employé un test pur de l'accessibilité, mais a quelque peu glissé sur des considérations liées à un test du type *targeting*. Pour plus de détails, voir *supra* p. 147ss.

⁹¹⁸ Voir *supra* p. 150ss.

⁹¹⁹ En ce sens, voir GREGORY S. COOPER, *A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, *op. cit.*, sec. III, par. 7; HORACIA MUIR-WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, *op. cit.*, p. 679-680; THOMAS SCHULTZ, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces*, *op. cit.*, p. 818-820. Dans le sens contraire, voir MATTHEW FAGIN, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, *op. cit.*, p. 446-447; VALÉRIE SÉDAILLIAN, *Commentaire de l'affaire Yahoo !*, *op. cit.*, pars. 33-34. Selon ces derniers, la décision dans *Yahoo !* portait bien des effets néfastes, quoique indirects, sur l'exploitation internationale du site de la firme. La mise en place du procédé de filtrage allait ralentir la mise à disposition du site pour les usagers situés en dehors de France, et allait les forcer à révéler leur identité si leur IP n'était pas reconnaissable.

- Le fournisseur de contenu qui filtre l'accès des visiteurs d'une juridiction rend son site indisponible en ce lieu. Les tribunaux de cet endroit devraient rejeter leur compétence en conséquence.⁹²⁰
- Le fournisseur de contenu qui déploie des techniques de géolocalisation sur son site, mais qui n'a pas daigné bon de filtrer une juridiction en particulier, peut être attiré devant un tribunal situé dans celle-ci. Cela, car il a sciemment choisi de publier son contenu en ce lieu.
- Enfin, le fournisseur de contenu qui n'utilise pas de techniques de géolocalisation de filtrage met sciemment son site à la disposition du monde entier. En conséquence, il pourra être attiré auprès de toutes les juridictions touchées par son message.

Cette conception revient à confondre l'emploi de la géolocalisation négative avec le test de l'accessibilité du site : s'il est disponible dans une juridiction, le tribunal de ce lieu sera compétent. S'il ne l'est pas, par utilisation approprié du filtrage, alors cette compétence devra être rejetée. Selon ce modèle, l'emploi ou non du filtrage permis par ces technologies est en lui-même un choix normatif qui sera déterminant sur le plan juridique.⁹²¹

938. A notre avis, ce modèle doit être rejeté, car il est excessivement rigide, voire néfaste pour le développement du réseau. Notamment, il ne prend pas suffisamment en compte la position des éditeurs de petite et moyenne envergure. Dans notre chapitre sur la géolocalisation par Internet, nous avons vu que, même si les outils de géolocalisation sont disponibles à tous les types de fournisseurs de contenu, ce ne sont que les services les plus onéreux, de la tranche de 6000\$ à 10 000\$ à l'année, qui permettent de procéder à un filtrage cohérent des visiteurs. Les solutions gratuites ou de moyenne gamme n'offrent qu'une fonction statistique, et disposent d'un taux de fiabilité plus qu'incertain. Il n'est donc pas certain que l'éditeur d'envergure moindre, tel que le blogueur individuel ou un journal local, ait les moyens ou le savoir-faire technique nécessaire pour bloquer les juridictions à risques. Et même s'il les avait, peut-être que c'est le savoir juridique qui lui ferait défaut : sauf à le forcer à bloquer toutes les juridictions à l'exception de celle de son domicile, il lui sera difficile d'apprécier convenablement des conséquences juridiques de sa publication.

939. Dans l'affaire *Yahoo !*, l'ordre de la Cour d'Appel de Paris n'était pas choquant, parce qu'il était destiné à une multinationale qui tirait un revenu de l'exploitation de son site, et qui dirigeait sciemment son activité commerciale en France. Elle avait les moyens de filtrer ses visiteurs. Mais élargir de façon impérieuse ce type d'obligation à l'entier d'Internet reviendrait à péjorer la situation des petits éditeurs, et à condamner ceux qui n'ont pas les moyens ni les connaissances

⁹²⁰ Notons ici que ce modèle reconnaît l'imperfection des techniques de géolocalisation, et n'exige pas une couverture de filtrage à 100% de précision. Il sera suffisant que le fournisseur de contenu ait bloqué l'accès à la majorité du public d'une juridiction pour que cette condition soit remplie.

⁹²¹ JOËL R. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1954-1956 et 1961-1962; KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, *op. cit.*, p. 93-96.

nécessaires pour mettre en place un tel dispositif. Il serait absurde de considérer que le blog d'une adolescente, ou celui d'un amateur de films, doivent juridiquement répondre aux mêmes exigences de géolocalisation qu'un site commercial appartenant à une multinationale.⁹²²

940. Il n'est même pas certain que les considérants du juge GOMEZ dans Yahoo ! corroborent ce modèle de géolocalisation. S'il a mandé une expertise, c'était pour juger de la viabilité d'une solution basée sur le filtrage mais également pour s'assurer que celle-ci n'était pas trop encombrante pour la firme défenderesse. Son attitude témoignait plutôt d'un souci de prescrire une solution de géolocalisation adaptée à la portée du fournisseur de service concerné, plutôt que de l'élever au rang d'une obligation impérieuse, à l'appréciation binaire.

941. Le deuxième modèle amène le juge à jauger l'effort de filtrage consenti par le fournisseur de contenu. Plutôt que de considérer l'accessibilité d'un site comme la preuve d'un manquement à une obligation générale de filtrage géographique, il pourrait examiner de façon proportionnée si le défendeur a déployé des moyens appropriés de géolocalisation. D'une obligation de résultat, on passerait à une obligation de prévention, qui prendrait en compte deux types de facteurs.⁹²³

- Les moyens financiers et techniques à la disposition du défendeur au moment de l'atteinte. On pourra opposer à des multinationales comme Yahoo ! ou Dow Jones de ne pas avoir identifié et filtré les visiteurs émanant de la juridiction du lieu du for. Mais on n'exigera pas une géolocalisation aussi cohérente de la part des éditeurs de petite et moyenne envergure : pour ceux-ci, on regardera s'ils ont au moins déployé des efforts à la hauteur de leurs moyens.
- La bonne foi du défendeur. Celle-ci peut se déceler par le contexte, la teneur, la portée et la popularité de son site. Par exemple, s'il s'agit d'un site populaire, dont le contenu tend à publier des informations portant atteinte à autrui, le juge pourra plus facilement reprocher à son propriétaire de ne pas avoir pris des mesures sérieuses de géolocalisation et de filtrage. A l'inverse,

⁹²² Dans notre sens, voir GREGORY S. COOPER, *A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, op. cit., sec. III, pars. 8-11; LILIAN EDWARDS, *The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?*, 8 (1) Edin. L.R. (2005), p. 99ss, spec. p. 106; HORACIA MUIR-WATT, *Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?*, op. cit., p. 692-695; KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, op. cit., p. 93-96. Certains de ces auteurs plaident néanmoins pour une structure de filtrage de droit public qui verrait alors le coût afférant à ce filtrage supporté par les institutions publiques. Voir *supra* p. 32 et notes y relatives.

⁹²³ L'inspiration de cette formulation nous vient du modèle en quatre temps développé dans un article récent KEVIN F. KING. Quoique construit dans le cadre du *Zippo test*, il nous permet d'appréhender de façon appropriée les modalités de la géolocalisation en matière d'Internet. Voir KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, op. cit., p. 96-102. Également en ce sens, quoique pas non plus toujours dans le contexte du critère de l'accessibilité, voir MATTHEW FAGIN, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, op. cit., p. 414; MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, op. cit., p. 1401; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, op. cit., p. 365.

un site de nature personnel ou local, ou qui n'a jamais été populaire, ne pourra pas se voir opposer son manque de prévoyance.⁹²⁴

Ce modèle permet de combler les carences du modèle précédent, et donne à la géolocalisation la valeur d'un critère juridique adapté à tous les types de fournisseurs de contenu trouvés sur le réseau.

942. Un tel test pourrait s'accoler au critère de l'accessibilité, et le rendre moins problématique. Selon cette réinterprétation, un tribunal ne serait compétent à l'encontre d'un site sur Internet que s'il est disponible en ce lieu, qu'il y a été consulté, et que son exploitant n'a pas consenti à des efforts techniques sérieux afin de prévenir à cette situation. Nous sommes de l'avis que cette dernière formulation incarne l'expression la plus appréciable du test de l'accessibilité, car elle tempère sa large approche juridictionnelle par un examen gradué de l'emploi de ces technologies d'évitement juridictionnel. Elle serait à même de nous amener vers des résultats moins choquants, et pourrait être une solution possible à notre problématique.

943. Elle laisse cependant un certain arrière-goût d'inachevé. Plutôt que de nous convaincre de la viabilité du critère de l'accessibilité, elle nous ramène plutôt à l'inadaptation de son modèle théorique. En adjoignant un examen gradué et proportionné de l'effort de filtrage, ne glisserait-t-on pas vers une analyse spongieuse du type *targeting test* ? D'ailleurs, pourquoi employer comme limite le seul emploi de la géolocalisation, et non d'autres éléments structurels formant la destination d'un site comme la langue ou le référencement ? D'un point de vue conceptuel, ce glissement vers une proportionnalité voilée n'est autre que le reflet du mal-être théorique d'un critère qui a bien du mal se justifier. L'affaire *Yahoo !*, pourtant souvent mentionné comme exemple de l'utilité de la géolocalisation en tant qu'unique principe limitatif, était d'ailleurs elle-même soumise à cette incertitude : on se rappellera que le raisonnement du juge français au niveau de l'exercice de la compétence a été chancelant, passant progressivement de l'accessibilité à une prise en compte d'éléments de type *targeting* au fil de ses ordonnances.⁹²⁵

944. Cette réflexion nous amène sur la finalité de notre analyse du modèle de l'accessibilité. Au lieu de « tempérer » par des moyens détournés l'emploi d'un critère juridictionnel résolument trop large et difficilement justifiable sur le plan théorique, pourquoi ne pas faire tomber les masques, et adopter ouvertement un test plus modéré, qui intégrerait entre autres une analyse graduée des méthodes de filtrage ?

⁹²⁴ Nous pensons particulièrement ici au phénomène récent du Slashdot Effect, qui voit des sites de petite et moyenne envergure se faire soudainement visiter par des milliers d'internautes mondiaux, par le simple fait de la parution d'un lien sur un site populaire d'informations. Voir *infra* p. 30.

⁹²⁵ Voir *supra* p. 147ss.

5) *Conclusion*

945. Lorsque, en 2002, la *High Court of Australia* déclara qu'un site Internet était, de par sa nature globale, destiné au monde entier, elle le fit dans un contexte bien particulier. Son but était de montrer à Dow Jones, firme américaine d'envergure internationale, qu'Internet n'était pas une zone de non-droit dont la virtualité échappait aux magistrats nationaux. Il était un moyen de communication comme un autre dont les effets néfastes se devaient d'être soumis aux droits étatiques. Que ce soit via son édition papier ou via Internet, si le journal *Barrons* diffamait un ressortissant australien dans le territoire de l'état de Victoria, son éditeur devait être prêt à en ressentir les conséquences légales. En employant le critère de l'accessibilité, la *High Court* envoya un signal fort au reste du monde, qui traduit sa volonté de soumettre le réseau à son droit positif et d'ainsi responsabiliser ses acteurs. Aujourd'hui, cet aspect du débat n'est plus remis en cause. Mais on s'est entretemps aperçu qu'une analogie directe entre les anciens moyens de communication et Internet n'était pas non plus entièrement appropriée.

946. Internet n'est certainement pas un cyberspace nécessitant un modèle de régulation distinct, mais certaines de ses caractéristiques méritent d'être prises en compte. Son mode de distribution rend tout article instantanément disponible dans le monde entier, contrairement à la publication physique. Ses éditeurs sont plus nombreux et bien plus divers que les journalistes professionnels. Enfin, ses mécanismes de contrôle de la portée d'une publication sont encore imparfaits et coûteux.

947. Le principe de l'accessibilité ne reconnaît pas ces différences, et soumet à une compétence universelle tous les acteurs du réseau, quelle que soit la portée réelle de leur message. Il ouvre la porte au *forum shopping*, à l'imprévisibilité, et mène à des conflits étatiques au sujet de la liberté d'expression. Pour ces motifs, nous nous devons de le rejeter.

948. Notre conclusion est d'autant plus pressante que le critère de l'accessibilité a été consacré par la Cour de Justice dans l'arrêt *eDate* pour qualifier la compétence située au lieu de réception d'un message diffamatoire. Ce qui précède nous permet de catégoriquement rejeter ce choix : non seulement il est, comme nous venons de le voir, myope et inadapté à Internet, mais il est de plus contraire à la tendance menant vers l'abandon du critère de l'accessibilité ; tendance que nous avons observée dans les autres jurisprudences observées dans notre étude.⁹²⁶ Tous ont en effet réalisé qu'il fallait quelque chose de plus que la simple disponibilité pour adéquatement traiter d'une publication Internet. Afin de surmonter le choix malencontreux de la cour dans *eDate*, et de mener la pratique vers une solution plus harmonieuse, il nous faut maintenant définir plus précisément quel est ce « quelque chose de plus » que nous exigeons d'un test juridictionnel idéal.

⁹²⁶ Voir nos conclusions en *supra* p. 243ss.

C) *Le Zippo test*

1) *Notion*

949. Un premier test permettant de pallier aux carences du critère de l'accessibilité est le *Zippo test*.⁹²⁷ Principalement le fruit de la jurisprudence américaine, il tend à mesurer la capacité d'un site à créer un contact commercial consenti avec le public d'une juridiction donnée.

950. Son emploi repose sur une évaluation de l'interactivité technique d'un site, et des possibilités de contact qu'il offre entre son exploitant et les internautes d'une juridiction.⁹²⁸ Ces éléments d'interactivité sont nombreux, et peuvent varier en intensité : moyen de contracter une vente ou de souscrire à un abonnement, présence d'une structure permettant aux visiteurs de poster des commentaires directement sur le site, publicités pour des événements se déroulant dans un lieu précis, ou même mise à disposition d'une adresse ou d'un numéro de téléphone.

951. Une fois ces éléments identifiés, le juge place le site au sein d'une échelle graduée, afin de mesurer l'intensité de son interaction. D'un côté, les sites dits actifs, comme par exemple ceux permettant de contracter en ligne, dirigent clairement leur activité vers le lieu du for, et peuvent sans autre être soumis à l'autorité du tribunal du for. A l'opposé, les sites dits passifs, ne laissant aucune possibilité de contact, devraient échapper à celle-ci. Enfin, au milieu de l'échelle de *Zippo* se trouvent les sites dits interactifs, qui ne permettent que quelques contacts limités. Ceux-ci doivent être analysés selon les circonstances de l'espèce.

952. Comme il ne se préoccupe que de l'interactivité technique, le *Zippo test* se veut être un test objectif. Son but n'est pas d'analyser si le défendeur a voulu subjectivement toucher telle ou telle juridiction, mais bien de voir si, dans les faits, la structure de son site permet à un public géographique déterminé de le contacter, de participer à son activité ou même de contracter avec. Enfin, ce *Zippo test* a une nature commerciale, et ne prend généralement en compte que des possibilités de contact allant dans le sens d'une exploitation commerciale du site en question.

953. Dans la critique qui suit, nous argumenterons que le *Zippo test* n'est pas une solution appropriée pour traiter de notre problématique. Pour arriver à cette conclusion, nous mettrons en évidence deux carences dans son modèle théorique, soit son manque de précision et son inadaptation à l'Internet d'aujourd'hui. Nous montrerons également que même s'il peut se révéler utile dans certaines situations lorgnant du côté du droit contractuel, le *Zippo test* n'est en tout cas pas adapté pour traiter du domaine précis de la diffamation et des atteintes à la personnalité en général.

⁹²⁷ Pour notre conclusion sur la place actuelle, fortement discutée, de ce test au sein de la jurisprudence analysée dans notre étude, voir *supra* p. 240.

⁹²⁸ Pour une présentation complète de ce test, voir notre section dédiée, en *supra* p. 107ss.

2) *Un standard imprécis*

954. Le *Zippo* test n'est pas aussi précis et ni aussi prévisible que ce que l'on pourrait croire. Bien que sa typologie permette de prendre en compte de manière graduée l'interactivité d'un site, elle laisse au praticien d'importantes zones d'ombres.

955. Un premier problème d'interprétation se pose au niveau du milieu de son échelle. Que faire lorsqu'un site propose certains éléments d'interactivité, comme par exemple un forum de discussion, mais n'offre aucun moyen de s'abonner ou de contacter directement son exploitant ? Lorsqu'un site entre dans la catégorie du milieu du *Zippo test*, ce dernier nous exhorte à prendre en compte les circonstances d'espèce du litige, mais ne nous offre aucun outil pour aiguiller notre réflexion. Ce manque de repères, couplé à la nature très casuistique des sites Internet, ne pourra à notre avis pas aboutir sur des résultats cohérents dans la pratique.

956. En fin de compte, réalise-t-on, le *Zippo test* ne nous offre des certitudes que lorsqu'un site tombe dans l'une des deux extrémités de son échelle. Il n'est pas très difficile de constater qu'un site permettant de contracter en ligne est actif, ou qu'un site qui ne fait qu'afficher un message est passif. Il n'est pas non plus ardu de placer ces deux exemples dans l'échelle de *Zippo* et d'en tirer les conclusions appropriées. Mais ces deux types de cas extrêmes seront de toutes façons les plus faciles à identifier et à catégoriser, même sans l'aide de ce test. Pour tous les cas résiduels, ceux qui nous poseront véritablement des problèmes de qualification, il ne nous apportera que peu de pistes utiles.⁹²⁹

957. Un autre flou théorique concerne la valeur du critère de l'interactivité, qui forme le cœur de ce *Zippo test*. S'il est employé de manière trop rigide, celui-ci peut effectivement se révéler comme étant trompeur, voire injuste. Lorsqu'un site est considéré comme actif, cela signifie qu'il permet, via sa structure technique, aux résidents d'un lieu donné de le contacter. Or, simplement permettre un contact n'implique pas forcément que ce contact a été consommé de façon substantielle dans les faits. C'est pourquoi l'on peut critiquer que le *Zippo test* ne mesure qu'une possibilité d'interaction, et non la survenance d'interactions elles-mêmes. Par exemple, le site d'un journal en ligne proposant des abonnements sera considéré comme « actif ». Mais *quid* s'il n'a par hypothèse pas de lecteurs au sein de la juridiction du for ? Est-ce que la possibilité pour les internautes de ce lieu de s'y abonner permet à elle seule de le placer comme site pleinement « actif » ? Si cela était

⁹²⁹ En ce sens, voir BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, 20 Emory Int'l L. Rev. (2006), p. 241ss, spec. p. 257-258; GEORGE B. DELTA / JEFFRY H. MATSUURA, Law of the Internet, *op. cit.*, vol. 1, p. 3-84 et 3-84-1; C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, Towards an Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects, 81 Ind. L. J. (2006), p. 601ss, spec. p. 622; MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1379; TITI NGUYEN, A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition, 19 Berkeley Tech. L. J. (2004), p. 519ss, spec. p. 537-538; DANIEL STEUER, The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo, 74 U. Colo. L. Rev. (2003), p. 319ss, spec. p. 321-322; DENNIS T. YOKOYAMA, You Can't Always Use the Zippo Code : The Fallacy of an Uniform Theory of Uniform Internet Jurisdiction, 54 DePaul L. Rev., p. 1147ss, spec. p. 1168-1173.

le cas, le *Zippo test* permettrait alors à tout juge de fonder l'exercice de sa compétence même en l'absence de tout réel contact, du moment qu'un site dispose d'une structure technique active. Comment alors l'interpréter ? Et si l'on prend en compte l'activité commerciale découlant réellement du site Internet, pourquoi s'arrêter là et ne pas prendre en compte d'autres éléments ? Sauf à vouloir réinventer ce test, il ne nous appartient pas de répondre plus en détail à cette question. Tout ce qui nous semble utile à ce stade, c'est de rappeler que les cours américaines, pourtant à l'origine de ce test, n'ont pas réussi à s'accorder sur cette question pourtant fondamentale.⁹³⁰

958. Face à ces deux incertitudes théoriques, nous estimons que le *Zippo test* ne mènerait pas en pratique à une jurisprudence cohérente, et nécessiterait au moins une reformulation et une clarification de ses éléments constitutifs pour être viable. L'exemple de la pratique américaine est parlant. Depuis l'émergence du *Zippo test* en 1997, la jurisprudence y relative n'a jamais réussi à se stabiliser. Pour en combler les zones floues, chaque cour préféra développer sa propre variation du test, en incorporant çà et là des éléments d'autres théories juridictionnelles. S'en est ensuivi une pluralité de solutions et d'approches, toutes différentes, et pourtant toutes sensées descendre de *Zippo*. Ce risque de décisions contraires et de désharmonie jurisprudentielle font du *Zippo test* une solution peu fiable à grande échelle.⁹³¹

3) *Un standard inadapté à l'évolution d'Internet*

959. Au-delà de ces critiques structurelles, on peut de plus s'interroger sur la pertinence continue d'une analyse fondée sur la seule interactivité d'un site. Dans le paysage actuel du réseau, dominé par les plates-formes du type Web 2.0, nous sommes de l'avis qu'elle a beaucoup perdu de sa valeur descriptive.

960. En 1997, lorsque l'arrêt *Zippo v. Zippo* fut rendu, les outils de développement du *World Wide Web* en étaient encore à leurs balbutiements. La difficulté de la technique aidant, il fallait consentir à un effort certain pour apporter à un site une structure technique permettant une interaction poussée avec ses visiteurs. Cela faisait que les sites personnels, ainsi les sites publicitaires de petite envergure, étaient, fautes de moyens, encore pleinement passifs. Tout au mieux, ces derniers permettaient le contact en laissant une seule référence à l'adresse email de leur exploitant. Dans ce contexte, la distinction entre site actif et site passif avait du sens, car elle la mise en place d'une telle structure traduisait un effort déployé dans le but de toucher un certain public. Mais la situation a bien changé : les plates-formes de blog permettent à n'importe qui de disposer d'un site doté d'un système complet de

⁹³⁰ Voir nos développements à ce sujet en *supra* p. 111ss.

⁹³¹ En ce sens, voir MATTHEW CHIVVIS, *Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 714-715; DANIEL STEUER, *The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo*, *op. cit.*, p. 338-342; CATHERINE ROSS DUNHAM, *Zippo-ing the Wrong Way: How the Internet has Misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analyses*, 43 U.S.F. L. Rev. (2009), p. 559ss, spec. p. 576-578.

commentaires, de discussion en ligne, de modération et de contact. Nonobstant quelques sites clairement actifs, permettant de s'abonner ou de se faire livrer un produit, le paysage de l'Internet d'aujourd'hui est composé d'une multitude de sites plus ou moins interactifs. Or, nous avons déjà montré que le *Zippo* test ne nous offrait aucun outil pour départager les sites de cette catégorie. Son échelle ne serait donc que d'une aide très relative dans le contexte technologique actuel.⁹³²

961. D'autres écueils du type technologique viennent compliquer l'emploi du *Zippo* test. Sa distinction entre sites actifs et passifs permet certes de mesurer l'ampleur de l'interactivité visible entre un site et une juridiction, mais elle ne prend pas en compte d'autres faits techniques qui peuvent intervenir en arrière-plan. Par exemple, un site peut très bien être passif, soit n'offrir aucune avenue de contact commercial, mais en même temps surveiller et noter les habitudes du visiteur pour ensuite employer ces statistiques à des fins commerciales. Les bannières publicitaires peuvent aussi porter à équivoque : en soi, elles amènent le visiteur qui clique dessus sur un site tiers, qui serait lui par hypothèse un site commercialement actif. Mais le site originel, qui l'affiche, peut très bien être un site passif. Placer ce type de situation dans la structure de *Zippo* nous apparaît comme difficile.⁹³³

962. Enfin, le *Zippo* test est aveugle à certains aspects des techniques de géolocalisation, dont l'emploi ne se manifeste pas forcément par un impact sur l'interactivité d'un site. Par exemple, le fait qu'une bannière publicitaire est adaptée au pays d'appel de l'utilisateur ne témoigne pas d'une possibilité de contact. Vu l'importance actuelle de ces outils techniques, ceci est une lacune importante.⁹³⁴

963. Au vu de l'avancée technologique, et des situations diverses que peut engendrer Internet, nous estimons que le *Zippo* test est dépassé, ou tout du moins qu'il laisse apparaître d'importantes carences dans son modèle.

4) *Un standard inadapté aux atteintes à la personnalité*

964. Le dernier, et à notre sens le plus fort argument porté à l'encontre du *Zippo* test est son inadaptation au domaine de la diffamation et des atteintes à la personnalité plus généralement. En soi, ce test, bien qu'imparfait, peut se révéler utile lorsqu'il est question de situations commerciales qui demandent une analyse de la conduite des affaires menées par le fournisseur de contenu. Cela sera notamment le cas en matière de propriété intellectuelle, là où le standard employé pour déterminer de la portée d'un signe sur Internet se confond avec l'activité commerciale consentie sur le plan géographique. L'analyse de l'interactivité d'un site, de l'étendue de ses offres, et

⁹³² En ce sens, voir MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1379-1380; ANDREAS MANOLOPOULOS, *Raising Cyber-Borders, the Interaction between Law and Technology*, 11 *Int'l J. L. & Info. Tech.* (2003), p. 40ss, spec. p. 53-55.

⁹³³ MICHAEL A. GEIST, *Ibid.*

⁹³⁴ En ce sens, voir KEVIN F. KING, *Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies*, *op. cit.*, p. 80-88; JOËL R. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1955-1956.

des contacts laissés à un client intéressé prend tout son sens, et là, le *Zippo test* reste un outil approprié.

965. Transposé aux atteintes à la personnalité, il perd beaucoup de son utilité, car l'interactivité commerciale d'un site ne préjuge pas forcément de l'impact géographique du message qu'il pourrait y comporter. Un texte grossièrement diffamatoire, placé sur un site purement passif et à but non commercial, reste pleinement capable de créer un dommage là où il est consulté, et là où la victime dispose d'une réputation. Inversement, le site d'un journal à teneur régionale, permettant à ses visiteurs de commenter et de débattre de ses dépêches, sera considéré comme globalement actif ou au moins interactif, alors même qu'il ne serait majoritairement consulté que par un public local, ou géographiquement focalisé.

966. Le *Zippo test* s'accorde donc mal à notre domaine, car il n'y a pas de corrélation directe entre, d'une part, le risque d'atteinte illicite posé par un document disponible sur Internet, et, de l'autre, la possibilité laissée par celui-ci d'entrer en contact avec son exploitant. Cette carence est, à nos yeux, déterminante.⁹³⁵

5) Conclusion

967. Flou, technologiquement dépassé et inadapté à notre problématique, le *Zippo test* n'est pas à même de satisfaire nos exigences. En se concentrant sur la seule interactivité afin de déterminer la portée voulue de l'activité d'un site, il se révèle comme trop simpliste pour saisir tant la complexité de notre problématique que celle la réalité de l'édition sur Internet. En tant que tel, donc, nous concluons à un rejet de ce test.

968. Cette conclusion ne doit pas être comprise comme un rejet complet des apports possibles de ce test. S'il est trop lacunaire pour incarner l'entier de l'analyse juridictionnelle, le *Zippo test* pourra peut-être nous servir en tant que l'un des éléments formant un test plus complet, qui nous permettrait de saisir de façon appropriée le problème de la diffamation commise via le réseau. Nous le commenterons donc à nouveau dans le développement de notre modèle de solutions.

969. Nonobstant les récents développements européens en la matière, notre conclusion rejoint la pratique. Aux États-Unis, les carences de ce test lui ont fait perdre beaucoup d'attrait auprès des tribunaux, qui l'abandonnèrent peu à peu. Mais il reste présent à titre d'indice dans le *targeting test* pratiqué actuellement.⁹³⁶ C'est maintenant vers ce dernier test que nous allons désormais nous tourner.

⁹³⁵ PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 489-491; ROBERT J. CONDLIN, « Defendant Veto » or « Totality of the circumstances » ? It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again, 54 *Cath. U. L. Rev.* (2004), p. 53ss, spec. p. 137-138; C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, *Towards a Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects*, *op. cit.*, p. 659; HOLGER P. HESTERMEYER, *Personal Jurisdiction for Internet Torts, Towards an International Solution?*, 26 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* (2006), p. 267ss, spec. p. 278; DENNIS T. YOKOYAMA, *You Can't Always Use the Zippo Code : The Fallacy of an Uniform Theory of Uniform Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1173-1177.

⁹³⁶ Voir *supra* p. 115.

D) *Le targeting test*

1) *Notion*

970. Dans sa formulation théorique, le *targeting test* s'apparente à une évidence : pour qu'un tribunal puisse justifier l'exercice de sa compétence à l'encontre d'un site Internet, il faut que l'exploitant de ce dernier ait dirigé son activité ou son message en direction de la juridiction du for. A la différence du *Zippo test*, le *targeting test* ne se préoccupe pas uniquement de l'interactivité technique d'un site, mais s'articule autour d'un examen plus général formé par des critères plus nombreux. Sont par exemple pris en compte la langue, le type de monnaie employé, le référencement effectué auprès des moteurs de recherches, la terminaison de l'adresse URL, ainsi que tout autre indice utile permettant de déceler son positionnement géographique. Ces éléments isolés, il s'agit de déterminer si le site a, de par son activité, « visé » le public de l'État du for, et d'en conclure si l'exercice de la compétence est appropriée à son égard. Contrairement au *Zippo test*, cette méthodologie n'emploie pas d'échelle graduée entre sites « passifs » et « actifs » ; elle tend à mesurer au cas par cas tous les liens entre le site et ce lieu. Le *targeting test* se conçoit donc comme un test ad-hoc, changeant, et malléable.

971. Il faut préciser que le but du *targeting test* est d'évaluer la relation entre un site et un État unique qui se trouvera être celui du for requis par le victime. Il s'agit d'un test de type unilatéral, qui ne fait qu'examiner si l'exercice de la compétence est appropriée du point de vue du juge l'appliquant. A contrario, il n'est pas multilatéral, car il n'amènera pas ce magistrat à déterminer quelle est la juridiction la plus visée ou touchée par l'activité du site examiné. Le *targeting test* doit donc être distingué de la détermination de l'État ayant les liens les plus étroits avec le litige. Il n'a nullement cette vocation car il ne fait que qualifier la relation unique entre le site incriminé et la juridiction concernée. Il s'examine donc au cas par cas, et toujours du point de vue de l'État du for.⁹³⁷

972. Au cours de notre travail, nous avons croisé ce test sous des formes et des tournures variées.⁹³⁸ Aux États-Unis, il se nomme *targeting test* et se fonde sur la focalisation expresse du message diffamatoire.⁹³⁹ En France, il se nomme « focalisation », et se caractérise par l'exigence d'un lien « suffisant, substantiel ou significatif » entre le site incriminé et la juridiction du for.⁹⁴⁰ En droit communautaire, le *targeting test* a récemment fait son apparition dans la jurisprudence de la CJUE, quoique uniquement dans le domaine des contrats de consommation.⁹⁴¹

⁹³⁷ MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1386.

⁹³⁸ Un aperçu général se trouve en *supra* p. 241-242.

⁹³⁹ Voir *supra* p. 120ss.

⁹⁴⁰ Voir *supra* p. 161ss.

⁹⁴¹ Voir *supra* p. 203ss.

973. Dans les paragraphes qui suivent, nous allons dresser un tableau des points forts et des points faibles de cette approche. Nous argumenterons qu'elle a le potentiel d'être une réponse adaptée à nos besoins, mais que sa formulation théorique est aujourd'hui trop immature pour être employée telle quelle. Cette conclusion nous servira de tremplin pour les deux parties qui suivront, où nous allons tour à tour reformuler ce test et en créer un modèle.

2) *Points forts : un test flexible, équitable, et adapté à Internet*

974. De toutes les approches que nous avons présentées jusqu' alors, la *targeting test* est la plus séduisante. Elle permet de trouver un équilibre entre les besoins des diverses parties, et d'en même temps saisir l'exceptionnalité de la publication par Internet.⁹⁴²

975. Elle permet en premier lieu d'éviter les problèmes liés à la multiplicité des juridictions compétentes à l'encontre d'un message publiée par Internet, y compris celui du *forum shopping*. En prenant en compte les efforts consentis par les fournisseurs de contenu pour structurer l'activité transfrontalière qu'ils déploient sur Internet, cette approche respecte leur besoin de prévisibilité. Elle leur permet de savoir à l'avance quels seront les éléments structurels de leur site qui seront pris en compte lors de la détermination de son impact géographique. En conséquence, ils pourront connaître et appliquer, avant même la mise en ligne de leur contenu, les mesures nécessaires pour éviter d'engager leur responsabilité à l'étranger. En bref, les risques de surprises juridictionnelles et légales seront donc affaiblis par le *targeting test*. Du point de vue de la victime, cette approche n'est pas pour autant injuste, car elle ne l'empêchera pas de légitimement porter son action là où la diffamation a atteint de façon substantielle à sa réputation. Elle lui fermera

⁹⁴² Plusieurs auteurs, quoique à des modalités et des degrés différents, envisagent le *targeting test* comme une solution appropriée. Voir MARIE-ÉLODIE ANCEL, Liens sponsorisés : pour une compétence raisonnée des tribunaux français, Comm. com. électr. (Oct. 2007), étude 23, spec. p. 11; BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *op. cit.*, p. 262-273; OLIVIER CACHARD, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p.642-643; MATTHEW CHIVVIS, Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction, *op. cit.*, p. 714-715; NICHOLAS DALTON / JEAN-PHILIPPE HUGOT, The Universal Jurisdiction of French Courts in Civil and Criminal Cases: the Road to Digital Purgatory?, *op. cit.*, p. 51-53; MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1404-1405; MARC H. GREENBERG, A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market, 18 Berkeley Tech. L. J. (2003), p. 1191ss, spec. p. 1253-1257; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 36; HOLGER P. HESTERMEYER, Personal Jurisdiction for Internet Torts, Towards an International Solution?, *op. cit.*, p. 286-288; MORITZ KELLER, Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States, 23 J. Marshall J. Computer & Info. L. (2004), p. 1ss, spec. p. 64-66; HORACIA MUIR-WATT, Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?, *op. cit.*, p. 684-687; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, in: CHRISTIAN LE STANC (ed.), Jurisclasseur Communication, 2006-2009, pars. 59-64; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, *op. cit.*, p. 817-818; VALÉRIE SÉDAILLIAN, Commentaire de l'affaire Yahoo!, *op. cit.*, pars. 17-28; GRAHAM J. H. SMITH, Internet Law and Regulation, *op. cit.*, par. 6-049; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 366-368; EDOUARD TREPOZ, Note sur les arrêts Gep et l'Oreal, Rev. Crit. DIP 97 (2) (2008), p. 322ss, spec. p. 337-338; MICHEL VIVANT, Le commerce électronique, défi pour le juge, D. 10 (2003), p. 674ss, spec. p. 675.

uniquement les portes des tribunaux ayant un lien trop éloigné avec sa cause ou avec le contexte de sa demande.

976. L'emploi de ce test permettrait également de rendre justice à la segmentation matérielle qui forme aujourd'hui la réalité d'Internet. Sa flexibilité permet de traiter des spécificités de tous les types de sites, et de tous les types de cas. En particulier, il sera à même d'adéquatement considérer des niveaux techniques et financiers des exploitants de site, qu'il s'agisse de professionnels de l'édition ou d'auteur individuels, et d'en même temps être suffisamment critique pour déterminal l'impact géographique prévisible de leur conduite. Son adaptabilité fait de plus qu'il survivra aux évolutions techniques d'Internet.

977. Dans l'idéal, donc, le *targeting test* pourrait bien être une solution adaptée pour répondre à notre problématique. Mais il nous faut prendre garde à modérer notre enthousiasme, car cette vision idéaliste exprimée ci-dessus ne se retrouve pas pour le moment dans la pratique. Regardons donc les carences de ce test.

3) Points faibles

a) Formulation imprécise et pluralité d'interprétations

978. La principale faiblesse frappant le *targeting test* est un manque évident de clarté et de cohérence. Ses contours sont multiples, vaporeux, et sont pour le moment interprétés de façon bien différente selon le juge ou l'auteur le maniant. Ce flou englobe tant les détails de sa définition que les modalités de son application.⁹⁴³

979. Au niveau définitionnel, tout d'abord, cette imprécision saute aux yeux. Lors de notre présentation de ce test, nous en avons donné une définition classique : pour que l'exercice de la compétence judiciaire soit justifié à l'encontre d'un fournisseur de contenu, il faut que ce dernier ait visé, de par cette activité sur Internet, la juridiction du for, ou qu'il y ait autrement un lien entre cette activité et ce lieu. Cette formulation traduit l'exigence de quelque chose de plus que la simple accessibilité. Mais saisir la portée de ce « *quelque chose de plus* » est ardu. Dans cette notion de « *viser* » une juridiction, il est difficile d'isoler précisément et en des termes juridiques ce qu'implique réellement le degré d'exigence requis par ce test.

⁹⁴³ Reconnaissant à des degrés différents les défauts liés à la formulation floue de ce test, ainsi qu'à la malléabilité de ses critères, voir BRIAN D. BOONE, *Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally*, *op. cit.*, p. 270; CHRISTOPHE CARON, *Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 27; ROBERT J. CONDLIN, « *Defendant Veto* » or « *Totality of the circumstances* » ? *It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again*, *op. cit.*, p. 143-146; LILIAN EDWARDS, *The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?*, *op. cit.*, p. 108-109; HOLGER P. HESTERMEYER, *Personal Jurisdiction for Internet Torts, Towards an International Solution?*, *op. cit.*, p. 279; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *Mondialisation de la communication – mondialisation des litiges ?*, *op. cit.*, p. 109-114; THOMAS SCHULTZ, *Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces*, *op. cit.*, p. 818-819; YULIA A. TIMOFEEVA, *Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*, 20 Conn. J. Int'l L. (2005), p. 199ss, spec. p. 211-214.

980. Ce manque de certitudes sur la définition même de ce test provoque des effets néfastes sur sa pratique, car il peut alors être soumis à une variété d'interprétations ; cela comporte le risque de résultats contradictoires.⁹⁴⁴ A cet effet, il est utile de se rappeler de l'exemple américain, dans lequel les cours, laissées à elles-mêmes, ont fini par développer chacune leur propre variation de cette exigence.⁹⁴⁵ Cette expérience nous invite à considérer que, sans ligne directrice clairement établie, une adoption internationale du *targeting test* ne garantirait pas une uniformité et une prévisibilité de la détermination de la compétence.

981. La texture très ouverte de ce test pourrait en outre être facilement manipulée par les juges afin de justifier n'importe quel résultat matériel. Disposant d'une large marge d'appréciation, ces magistrats auraient les pleins pouvoirs pour décider d'une interprétation qui conviendrait aux intérêts qu'ils désirent défendre. Par exemple, un tribunal pourrait considérer qu'un site vise son territoire dès le moment qu'il est rédigé dans la langue nationale de sa juridiction, voire dès qu'il y est accessible. Bien qu'employant le vocabulaire du *targeting* pour justifier son résultat, un tel juge arriverait en réalité à appliquer le critère dit de l'accessibilité, et non un réel *targeting*.⁹⁴⁶

982. Suivant notre problématique, cette critique nous est d'autant plus pertinente. Plus que dans toute autre matière juridique, les tribunaux étatiques désirent défendre leur conception locale de la liberté d'expression, et à vouloir traiter de tout cas touchant de près ou de loin à celle-ci. Même s'ils adoptent formellement un *targeting test*, cela ne les empêchera de protéger leurs prérogatives en modelant cette approche à leur convenance. Le *targeting test* ne serait donc qu'une solution en trompe-l'œil, incapable de tempérer les exercices excessifs ou imprévisibles de leur prérogatives juridictionnelles.⁹⁴⁷

983. Au-delà de ce flou définitionnel, le *targeting test* ne dispose pas non plus de structure claire ni de critères précis permettant de l'appliquer de façon cohérente. Certes, son emploi passe par une analyse des éléments structurels d'un site, tels que sa langue ou de ses TLD. Mais le choix de ces critères ainsi que leur importance respective n'est pas uniforme. Nous avons vu que le *targeting test* américain met l'accent sur le contenu matériel d'un site, alors que son homologue français tend à rechercher l'impact économique qu'il aurait provoqué. Plutôt qu'un *targeting test* unique, il existe aujourd'hui une pluralité de *targeting tests* différents, ayant tous la même préoccupation mais différant dans leurs détails. Cette absence d'uniformité

⁹⁴⁴ Sur ce point spécifique, voir THOMAS SCHULTZ, *ibid.*; MATTHEW FAGIN, *Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values*, *op. cit.*, p. 435-436.

⁹⁴⁵ Voir *supra* p. 104-105, et nos conclusions en ce sens en *supra* p. 130.

⁹⁴⁶ Un bon exemple de cette pratique est l'arrêt français *Gazmuri*, présenté en *supra* p. 168.

⁹⁴⁷ Sur ce point spécifique, voir THIBAUT VERBIEST / ETIENNE WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, p. 490, ainsi que, du même auteur, THIBAUT VERBIEST, *Responsabilités sur Internet: Loi Applicable et Juridiction Compétente* (2000), <<http://www.droit-technologie.org/actualite-365/responsabilites-sur-internet-loi-applicable-et-juridiction-competent.html>> (dernière visite le 30.06.12), *in fine*.

nuit fortement à sa prévisibilité ainsi qu'à son potentiel d'harmonisation du droit international.

984. En résumé, le *targeting test* est actuellement une notion trop spongieuse, dont la définition juridique ne nous offre guère plus qu'une exigence générale pour le défendeur de viser telle ou telle juridiction. Au-delà de celle-ci, les certitudes sont maigres, ce qui impacte tant sur l'efficacité de ce test que sur la prévisibilité de ses résultats.

b) Un test ignorant l'effet des atteintes illicites

985. Plusieurs auteurs accusent le *targeting test* de ne pas prendre suffisamment en compte la réalité d'une atteinte illicite commise via un site Internet. L'exemple invoqué à cet effet est celui d'un site grossièrement diffamatoire, apte à créer un dommage dans une juridiction, mais qui n'aurait pas été volontairement dirigé en ce lieu par son auteur. Dans cette configuration de faits, l'emploi d'un *targeting test* nierait la compétence du tribunal siégeant en ce lieu alors que la réputation de la victime y aurait bel et bien été amoindrie.⁹⁴⁸

986. Dit autrement, ce test pourrait amener les tribunaux à fermer les yeux sur des actes illicites provoquant des effets au sein de leurs frontières. En se focalisant exclusivement sur la conduite du défendeur, il ne garantirait donc pas à la victime un accès judiciaire suffisant aux lieux dans lesquels l'atteinte s'est produite.⁹⁴⁹

4) Conclusion : besoin d'une typologie

987. Nous nous accordons avec ces critiques. Tel qu'il existe aujourd'hui, le *targeting test* est trop indéfini pour être une solution sérieuse à notre problématique. Il est trop aisément manipulable, trop changeant dans son application, et contient le risque d'une focalisation excessive sur l'activité du défendeur au détriment de la réalité du préjudice subi par la victime. Ces carences avérées ne sont pas pour autant insurmontables. Plutôt que de détruire son utilité en tant que test juridictionnel, elles ne font qu'exprimer la nécessité de formuler une permutation plus claire de ce test qui puisse fournir au praticien des lignes directrices cohérentes. A notre avis, le vrai problème découle du fait qu'il s'agit d'une pratique très jeune, qui a été élaborée de façon inégale et qui n'a pas pour le moment été reformulée de façon stable par la jurisprudence ou par la doctrine.⁹⁵⁰

⁹⁴⁸ Un bon exemple de cette pratique est l'arrêt américain *Young*, ainsi que la jurisprudence l'ayant reprise. Cette approche sera reprise et critiquée sous cet angle plus loin dans ce chapitre, en *infra* p. 288 ainsi que en p. 293.

⁹⁴⁹ CYRIL CHABERT, La distinction entre site passif et site actif à l'épreuve des conflits de juridictions, *op. cit.*, p. 686; JOHN DI BARI, A Survey of the Internet Jurisdiction Universe, *op. cit.*, p. 166; ANDRÉ HUET, Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p. 878-879; THOMAS SCHULTZ, Carving Up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interfaces, *op. cit.*, p. 818-819; MICHELLE A. WYANT, Confronting the Limits of the First Amendment : A Proactive Approach for Media Defendants Facing Liability Abroad, *op. cit.*, p. 398-399.

⁹⁵⁰ Seuls de rares efforts ont été faits pour donner une structure cohérente à ce test. On se rappelle principalement de la tentative du professeur MICHAEL A. GEIST, qui tenta de modeler un *targeting test* en trois

988. Ces défauts sont donc gênants, mais non rédhibitoires. Par l'élaboration d'un nouveau *targeting test* structuré, qui disposerait d'une typologie précise et d'un set de critères définis, il serait possible de d'aligner sa pratique autour d'un langage commun. Dans le même mouvement, cet effort de reformulation permettra d'en corriger les défauts identifiés ci-dessus : ce *targeting test* aurait le souci de respecter tant le besoin de la victime de disposer d'un for ouvert dans les lieux qui lui sont proches et qui ont été touchés par la diffamation, que ceux du fournisseur de contenu de n'avoir à se défendre que dans des lieux qui lui sont prévisibles. Il serait, aussi, suffisamment précis pour limiter au mieux les risques de décisions contradictoires et de manipulations judiciaires, mais suffisamment ouvert pour n'en pas péjorer sa flexibilité. Nous estimons qu'un *targeting test* reformulé et intégrant ces éléments a le potentiel d'incarner la meilleure solution à notre problématique : soit, une approche cohérente, adaptable et adoptable par tous. C'est vers cet effort de consolidation et de reformulation que nous allons donc orienter la suite de notre exposé.

989. Consolidation, car dans un premier temps, nous confronterons et comparerons les variations du *targeting test* que nous avons rencontré au cours notre étude. De ce travail, nous établirons une typologie plus générale du *targeting test* qui nous permettra d'en synthétiser les traits saillants. A partir de celle-ci, nous pourrons alors en formuler un modèle détaillé qui pourra directement venir qualifier la compétence au lieu du résultat.

E) *Elaboration d'une typologie du targeting test*

990. Afin de développer un *targeting test* idéal, il faut se poser les bonnes questions. Or, telle qu'elle se présente aujourd'hui, la jurisprudence foisonnant autour de ce test a tendance à obscurcir, par l'emploi de vocabulaires multiples et de réflexions dissonantes, les traits saillants qui en forment la nature. Il nous est donc nécessaire, avant d'entrer dans les détails de notre modèle, de se replonger dans cette jurisprudence et d'en extraire la substance théorique qui posera les bases de notre reformulation.

991. Concrètement, cette section reprendra les trois *targeting tests* que nous avons rencontrés dans cette étude : le test américain, le test français, et le test de la CJUE. Nous y ajouterons un quatrième test, qui nous vient des travaux de l'OMPI et qui est un intéressant exemple de codification. Après un bref rappel du fonctionnement des tests connus de ce travail suivi d'une présentation du test de l'OMPI, nous procéderons à une analyse comparée des articulations théoriques communes à ces quatre tests. De celle-ci, nous en retirerons une typologie générale qui orientera notre raisonnement autour de trois questions structurelles distinctes.

1) *Rappel des spécificités américaines, françaises et européennes*

parties, axé sur les contrats préalable, ainsi que l'emploi des technologies de géolocalisation et sur la bonne foi. Celui-ci ne fut pas repris par la pratique, qui y préféra les approches malléables que nous avons vues dans ce travail. Voir *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1386-1402.

992. Le *targeting test* américain se caractérise par un fort degré de subjectivité et par une prise en compte moins importante des critères structurels d'un site tels que la langue ou la monnaie. Ceci est dû au contexte juridique entourant les cours américaines : la plupart des litiges étant internes à la fédération des États-Unis, ces éléments ne sont que d'une aide limitée.⁹⁵¹ Comme vu dans l'arrêt *Young v. New Haven* ainsi que dans la jurisprudence qui lui a succédé, le *targeting test* employé en matière de diffamation se concentre sur la teneur du message véhiculé par le site litigieux. Pour y satisfaire, ce site doit se focaliser de façon expresse sur la juridiction du for, voire même traiter de sujets d'intérêt local. À l'inverse, un site qui propose des informations d'intérêt général est considéré comme s'adressant à tous les États américains avec une intensité égale, et ne visera dès lors aucune juridiction en particulier.⁹⁵² En pratique, l'emploi de cette formulation du *targeting test* amène les cours à rejeter la plupart du temps l'exercice de leur compétence. Elle n'est retenue que dans des cas extrêmes, dans lesquels le défendeur a grossièrement et intentionnellement dirigé son message vers la juridiction du for dans le but d'atteindre à la victime.⁹⁵³

993. En France, le *targeting test* se connaît sous la formule d'une exigence d'un lien « *suffisant, substantiel ou significatif* » entre le site litigieux et la juridiction du for. Principalement développée dans le cadre de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale, cette exigence a une forte connotation commerciale et tend à mesurer l'impact économique que peut provoquer un site dans un lieu donné. Ses éléments structurels ont un grand poids au sein cette réflexion ; la langue, le référencement, l'emploi de ccTLD ou encore la présence de publicités sont des indices importants du comportement commercial du défendeur, et peuvent quelque fois à eux seuls déterminer l'issue de l'analyse.⁹⁵⁴ Si ces indices ne sont pas suffisamment indicatifs, le juge français a alors tendance à analyser de façon poussée la volonté économique du site en question. Il se demandera si celui-ci cherche à obtenir un certain revenu en France, s'il tente d'y contacter des partenaires commerciaux, ou si encore ses informations peuvent intéresser des investisseurs français.⁹⁵⁵ En matière de sites non commerciaux, par contre, la jurisprudence française ne s'est pas développée, et n'a pas abouti sur des résultats probants.⁹⁵⁶

⁹⁵¹ Voir *supra* p. 121.

⁹⁵² Voir *supra* p. 124.

⁹⁵³ Voir *supra* p. 125ss.

⁹⁵⁴ Voir *supra* p. 162-166.

⁹⁵⁵ Voir *supra* p. 166-168.

⁹⁵⁶ Voir *supra* p. 168-169.

994. Le *targeting test* communautaire, dégagé dans le domaine des contrats de consommation par la CJUE, se qualifie par l'exigence d'une activité « dirigée » en direction du for requis. Ce test implique de considérer la portée géographique des services commerciaux offerts par le commerçant, ainsi qu'une prise en compte d'indices objectifs similaires à ceux trouvés dans la version française du test : langue, monnaie, référencement, et ccTLDs. Cette approche s'en distingue néanmoins sur deux points : elle rejette toute forme d'analyse de la volonté subjective du défendeur, et se refuse à employer le *Zippo test* au sein de sa série d'indices.⁹⁵⁷

2) *Exemple d'une codification de targeting test : la recommandation commune de l'OMPI sur la protection des marques par Internet*

a) Introduction

995. Le domaine de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale a été, tout au long de ce travail, une source principale d'inspiration. La plupart des grandes approches juridictionnelles trouvées en matière d'Internet sont nées à l'aune de cette matière, et une large partie de la jurisprudence que nous avons analysée y avait également trait. Il nous est donc intéressant de présenter un exemple de *targeting test* codifié, contenu dans des principes communs affectant ce domaine.

996. En 2001, l'Office Mondial de la Propriété Intellectuelle adopta une recommandation commune non-contraignante visant à harmoniser la pratique de la protection des marques sur Internet.⁹⁵⁸ Son but est de poser quelques principes communs à la définition de ce qui peut être considérés comme un usage de signe à travers un site Internet. Selon son article 2, « l'utilisation d'un signe sur l'Internet est assimilée à l'utilisation de ce signe dans un État membre [...] sous réserve que cette utilisation ait des incidences commerciales dans cet État ». Pour vérifier si cela est le cas, l'article 3 propose une liste non exhaustive de facteurs permettant de déceler la présence de telles incidences commerciales. En d'autres termes, ces deux dispositions invitent à effectuer un *targeting test* axé sur l'évaluation des effets commerciaux de l'emploi d'un signe par Internet.

997. Notre travail se concentre sur le domaine des atteintes à la personnalité, et se focalise particulièrement sur la diffamation. Il est vrai que ces matières peuvent avoir un aspect commercial bien moins prononcé que les affaires ayant trait à la propriété intellectuelle. Nonobstant cela, une présentation de cette disposition nous apparaît néanmoins comme appropriée, ne serait-ce que pour inspirer nos solutions ayant trait aux sites de presse commerciale.⁹⁵⁹ Bien sûr, nous passerons sous silence

⁹⁵⁷ Voir *supra* p. 204ss.

⁹⁵⁸ Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet, Publication 845.

⁹⁵⁹ Une deuxième source d'inspiration nous vient des Principes Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, promulgués par l'American Law Institute en 2007 (ci après « Principes ALI »), dont le § 204 se propose similairement de jauger le degré d'activité dirigée par brisal/exploitant d'un site en direction d'un territoire donné. Nous avons préféré nous pencher sur les principes OMPI, qui sont

les particularités afférant au droit de la propriété intellectuelle, et mentionnerons uniquement les éléments qui nous aideront directement à mieux cerner les articulations théoriques de ce *targeting test*. Trois éléments, présentés ci-dessous, attirent en particulier notre attention.⁹⁶⁰

b) L'indice de la conduite commerciale générale.

998. Dans un premier temps, le test de l'OMPI invite le juge à considérer l'étendue présente et future des activités commerciales effectivement conduites dans la juridiction d'examen par l'exploitant du site. Celle-ci dépasse le cadre des activités consenties par Internet et englobe tout fait utile permettant de déceler une telle activité. Dans les termes de l'article 3, on observera si « l'utilisateur du signe mène ou a entrepris des préparatifs sérieux en vue de mener dans cet État membre des activités commerciales portant sur des produits ou des services qui sont identiques ou semblables à ceux pour lesquels le signe est utilisé sur l'Internet ». ⁹⁶¹ Afin de déterminer l'intensité et la qualité de cette activité commerciale, le texte propose de déterminer s'il a déjà des rapports commerciaux avec des partenaires situés dans cet État, s'il se refuse ou non *ex ante* de fournir des prestations en ce lieu, ou encore s'il y offre des opérations de garanties ou d'après-vente. ⁹⁶² En bref, cette section de la recommandation commune amène à replacer le site Internet du défendeur dans le contexte de son activité commerciale concrète.

c) L'indice de l'activité commerciale conduite par Internet

999. Lorsqu'un site Internet se propose de fournir directement des biens ou des services à ses visiteurs, la deuxième section de l'art. 3 propose au juge d'évaluer s'il est par ce biais capable de créer un impact commercial dans cette juridiction. Deux indices permettent de mesurer d'un tel impact. ⁹⁶³ Le premier est l'adéquation de ces produits ou services aux normes législatives en vigueur en ce lieu. S'ils sont conformes, ils ont plus de chances d'y être commandés et d'y toucher un public. Le deuxième est l'affichage ou non de la monnaie officielle employée au sein de la juridiction visée. Si elle est prise en compte par le site incriminé, on considérera plus facilement que celui-ci cherche à s'y adresser.

plus structurés : le § 204 des principes ALI ne posant qu'un principe général fondé sur le *targeting*, dont les contours sont fixés par les notes explicatives y annexées. Dans notre élaboration de la typologie du *targeting test*, ci-dessous, nous mentionnerons cependant les solutions trouvées dans ce document lorsqu'elles méritent un intérêt particulier.

⁹⁶⁰ Nous omettons notamment les lit. c et e de l'art 3 al.1, qui concernent une problématique propre à la propriété intellectuelle et ne touchent pas directement notre compréhension du *targeting test*.

⁹⁶¹ Art. 3 al. 1 lit. a. Voir également Notes explicatives relatives à la publication 845 (ci-après Notes explicatives), par. 3.02.

⁹⁶² Art. 3 al. 1 lit. b. Notes explicatives, par. 3.03-3.08.

⁹⁶³ Art. 3 al. 1 lit. c. Notes explicatives par. 3.09-3.11.

d) Eléments structurels du site Internet

1000. La troisième section de l'article 3 propose enfin une analyse de divers éléments structurels du site en question.⁹⁶⁴ Ceux-ci sont au nombre de quatre et rappellent des critères que nous avons déjà rencontrés au cours de ce travail.

1001. En premier lieu, le texte de cette section exhorte le juge à prendre en compte « si l'utilisation du signe est liée à des moyens de communication interactive qui sont accessibles aux internautes dans cet État »,⁹⁶⁵ ainsi que « si le signe est utilisé avec l'indication d'une adresse, d'un numéro de téléphone ou d'un autre moyen permettant d'entrer en relation avec l'utilisateur dans cet État ». ⁹⁶⁶ Derrière cette formulation, on retrouve en fait le *Zippo test* américain, qui tend à mesurer l'interactivité technique et les possibilités de contact permises par la structure d'un site.⁹⁶⁷ La note explicative accompagnant la recommandation souligne d'ailleurs cette adoption du *Zippo test* en tant qu'élément faisant partie de l'analyse plus générale de *targeting* :

« Ces dispositions visent tous les moyens qui permettent aux internautes se trouvant dans un pays donné d'entrer en relation avec l'utilisateur du signe en question. Outre une adresse ou un numéro de téléphone dans l'État membre (...) qui témoignent à l'évidence d'un lien avec cet État, un site Web peut offrir des moyens de communication interactive permettant aux consommateurs se trouvant dans l'État membre non seulement de communiquer avec l'utilisateur par courrier électronique mais aussi de passer commande ou de se faire livrer directement via l'Internet. De même, si le signe a été utilisé dans un message électronique qui a été envoyé à des consommateurs (potentiels) dans l'État membre, les destinataires pourraient répondre directement à ce message et par conséquent communiquer facilement avec l'utilisateur du signe. Le degré d'interactivité de l'utilisation peut donc être un important facteur d'appréciation des incidences commerciales. »⁹⁶⁸

1002. Le deuxième élément structurel proposé par cette section est la prise en compte du TLD suffixant le nom de domaine du site analysé. La note explicative remarque, quoique à demi-mot, que celui-ci ne sera utile que lorsque celui-ci indique un pays, comme .fr ou .ru. Pour les sites disposant de gTLDs, comme .com ou .net, cet aspect de *targeting test* ne sera pas d'une grande aide.⁹⁶⁹

1003. Le troisième élément est celui de la langue du site. La note relève cependant que la valeur de cet indice peut varier selon si celle-ci est courante et parlée dans le monde entier ou non.⁹⁷⁰

⁹⁶⁴ Art. 3 al. 1 lit. d. Notes explicatives par. 3.12.

⁹⁶⁵ Art. 3 al. 1 lit. d. ch. i.

⁹⁶⁶ Art. 3 al. 1 lit. d. ch. ii.

⁹⁶⁷ Voir *supra* p. 107ss et 272ss.

⁹⁶⁸ Notes explicatives, par. 3.13.

⁹⁶⁹ Art. 3 al. 1 lit. d. ch. iii. Note explicatives, par. 3.14.

⁹⁷⁰ Art. 3 al. 1 lit. d. ch. iv. Note explicatives, par. 3.15.

1004. Le dernier élément est le nombre de visites du site émanant de la juridiction du for. La note explique que les chiffres de consultation d'un site ne sont pas toujours exacts, et ne peuvent à eux seuls pas constituer la preuve d'un impact commercial. Ils restent néanmoins des indices utiles.⁹⁷¹

e) Structure du test et pertinence des facteurs

1005. L'art. 3 al. 1 de la recommandation nous propose une analyse de *targeting* structurée selon ces trois angles : la conduite commerciale générale, la conduite commerciale directe effectuée depuis Internet, et enfin la structure du site en question. L'articulation entre ces trois éléments est donnée par le deuxième alinéa de cette même disposition, qui explique que ces facteurs ne sont pas cumulatifs et que leur importance respective variera selon les circonstances des cas d'espèce. Ces critères ne sont pas exhaustifs et d'autres éléments non mentionnés dans cet article pourront également être pris en compte.

1006. Les éléments du *targeting test* de l'OMPI ne sont donc ni hiérarchisés, ni réellement structurés. Comme le note avec un certain pragmatisme le second alinéa de l'art. 3 :

« [...] La conclusion dépendra des circonstances de l'espèce. Dans certains cas, tous ces facteurs pourront être pertinents, dans d'autres, certains d'entre eux pourront l'être. Dans d'autres encore, aucun des facteurs mentionnés ne sera pertinent et la décision pourra être fondée sur d'autres facteurs qui ne sont pas énumérés à l'alinéa 1) ci-dessus. Ces autres facteurs pourront être pertinents en soi ou en association avec un ou plusieurs des facteurs énumérés à l'alinéa 1) ci-dessus. »

1007. Pour le surplus, l'art. 4 du document y rajoute une clause générale de bonne foi, qui, sans réelle explication de critères, exhorte le juge à prendre à nouveau en compte les circonstances propres au cas d'espèce. Ce test de l'OMPI pourra donc varier dans son application de cas en cas.

3) Discussion de droit comparé et typologie en trois points

1008. Ces quatre *targeting tests* à l'esprit, nous pouvons maintenant les recouper et comparer leurs traits saillants. Cela nous amène à isoler trois points majeurs de discussion : le degré de volonté requis par ce test, la structure et du choix de ses critères d'analyse, et son adéquation au domaine de la diffamation.

a) Test objectif, ou subjectif ?

1009. Formulé de façon classique, le *targeting test* est sensé mesurer si l'exploitant d'un site a visé (« *targeted* ») le public d'une juridiction donnée. Mais nous avons vu que cette définition n'est pas absolument stable. En France, elle se manifeste par l'exigence d'un « *lien suffisant, substantiel ou significatif* » entre le site et la juridiction du for, qui peut se caractériser de diverses manières. Dans le test de l'OMPI, c'est le

⁹⁷¹ Art. 3 al. 1 lit. d. ch. v. Note explicatives, par. 3.16.

terme d'« *impact commercial* » qui donne corps à la notion de *targeting* ; et dans le test de *Pammer*, on parle d'une activité commerciale « *dirigée vers* » un lieu en particulier, en lien avec l'exigence contenue dans l'art. 15 par. 1 lit. c. RB.⁹⁷² La doctrine francophone a également employé le terme « *focalisation* » pour désigner cette exigence, quelquefois en rapport avec un vocabulaire délimitant des sites passifs ou actifs de façon similaire à celui employé pour le *Zippo test*.⁹⁷³ Enfin, on peut aussi trouver les termes du critère de « *destination* » ou de « *prévisibilité du dommage* » pour le désigner.⁹⁷⁴

1010. La multiplicité de ce vocabulaire est fâcheuse, car elle tend à masquer l'articulation juridique principale de ce test. En réalité, que l'on parle de la « *volonté* », de la « *visée* », ou de « *l'impact* » d'un site, on ne fait que tourner autour d'une seule et même question, qui mérite d'être délimité et précisée : il s'agit de la nature de ce *targeting test*, qui peut être soit objective, soit subjective.

1011. Cette distinction peut se formuler ainsi : faut-il que l'exploitant d'un site ait l'intention subjective de viser le public d'un lieu précis, ou suffira-t-il qu'il lui soit objectivement prévisible qu'il y soit lu ? Il s'agit d'une différence de degrés, mais qui a toute son importance. Dans le premier cas, il faudra se plonger dans sa conscience intérieure pour évaluer la portée de son message et pour déceler s'il l'avait dirigé en ce lieu. Dans le second, il suffira de prouver que son site, de par sa structure et son contenu, avait les moyens d'intéresser le public de la juridiction examinée et que de telles consultations lui étaient au moins prévisibles.⁹⁷⁵ Afin d'exemplifier ce pan de notre typologie, nous proposons de replacer les quatre exemples de *targeting tests* dans ce spectre méthodologique.

1012. Le *targeting test* américain dérivant de l'arrêt *Young* se situe clairement dans la subjectivité. Il est exigé que le défendeur ait expressément focalisé son message sur un lieu précis, ce qui amène le juge à se placer dans sa conscience afin d'interpréter la portée voulue de son message. Nous avons vu que dès qu'un site ou un blog ne mentionne pas expressément un ancrage géographique, celui-ci est considéré comme désirant s'adresser à un public global, et non à une juridiction en particulier. Ce ne sont que dans des rares cas, où les fournisseurs de contenu avaient clairement mentionné sur leur site vouloir diffamer leur victime dans un lieu précis,

⁹⁷² Le terme employé dans le § 204 des principes ALI emploie lui le terme de « *if that person directed those activities* », un terme volontairement moins exigeant que celui de *targeting*, pour le distinguer de son emploi américain. Voir commentaire c), ainsi que le par. 1 des notes du rapporteur.

⁹⁷³ Voir OLIVIER CACHARD, La Régulation internationale du marché électronique ; Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *op. cit.*, p.642-643; CHRISTOPHE CARON, Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, p. 27ss; CYRIL CHABERT, La distinction entre site passif et site actif à l'épreuve des conflits de juridictions, *op. cit.*, p. 685ss; LAURENCE USUNIER, Note sur l'arrêt Delticom AG c. Sté Pneus Online Suisse, *op. cit.*, p. 877.

⁹⁷⁴ Voir p. ex. THIBAUT VERBIEST / ETIENNE WÉRY, Le droit de l'Internet et de la société de l'information, *op. cit.*, p. 484-490.

⁹⁷⁵ ERIC BARENDT, Jurisdiction in Internet Libel Cases, 110 Penn. St. L. Rev. (2006), p. 727ss, spec. p. 734-735. Pour une discussion similaire, quoique dans un contexte plus général, en lien avec le droit américain, voir C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, Towards an Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects, *op. cit.*, p. 618-620 et 629-633.

que cette exigence fut remplie. Cette rigueur dans l'appréciation de la subjectivité n'a d'ailleurs laissée au juge américain que peu de moyens pour fonder l'exercice de sa compétence à l'encontre d'un fournisseur de contenu étranger.⁹⁷⁶

1013. A l'opposé de cette conception, nous avons celle de la recommandation de l'OMPI, qui elle se place du côté de l'objectivité. En utilisant la notion d' « *impact économique* » comme étalon, elle propose d'analyser les éléments factuels se rapportant au site Internet et d'en déduire la portée. L'intention de son exploitant n'apparaît que lorsqu'elle est explicitement exprimée sur le site en question et n'est sinon pas un critère déterminant. Inutile, donc, d'entrer dans sa conscience, et d'y trouver quoique ce soit : du moment que le public géographique d'un site lui est objectivement prévisible, au vu de la structure Internet qu'il a mise en place et d'autres indices factuels, cette exigence sera remplie.⁹⁷⁷ Rejoignant cette conception, nous trouvons également le *targeting test* de la CJUE dans *Pammer*. Dans ces considérants, il exclut expressément la nécessité de prouver l'intention subjective de l'exploitant d'un site Internet. De façon identique au test de l'OMPI, il se fonde sur des critères objectifs comme la portée déclarée des services offerts par le site ainsi qu'une pluralité d'indices factuels découlant de la structure du site analysé.

1014. Quelque part entre ces deux extrêmes se trouve la jurisprudence française, qui, d'arrêt en arrêt, ne s'est pas forgée de ligne de conduite en la matière. Similairement au test de l'OMPI, le test français pivote souvent autour de la notion de l'impact commercial que peut avoir un site envers une juridiction. Et, dans certains arrêts, la jurisprudence s'est pareillement attachée à mesurer cet impact sous un angle objectif.⁹⁷⁸ Dans d'autres arrêts, cependant, les cours françaises entrèrent bien plus en profondeur dans l'intention subjective de l'exploitant d'un site, en considérant notamment qu'un document destiné aux actionnaires d'une société, et publié globalement sur Internet, ne visait pas le public français car elle n'y était pas cotée en bourse.⁹⁷⁹ On se rappellera particulièrement de l'exemple de l'arrêt *Gazmuri*, où la Cour d'Appel de Paris considéra que le site d'un musée d'art chilien, rédigé en espagnol et relatif au peintre chilien Henry Gazmuri, s'adressait à un public mondial car le monde de l'art était international par nature. Sans même s'attarder sur les éléments structurels du site, elle lui prêta un comportement subjectif tendant à s'adresser à un public global.⁹⁸⁰

1015. La situation jurisprudentielle est donc actuellement instable lorsque considérée sous ce point de vue, même si la balance semble pencher quelque peu

⁹⁷⁶ Ceci a été rendu apparent lors de notre étude de la jurisprudence étasunienne, en *supra* p. 125ss.

⁹⁷⁷ Voir *supra* p. 284ss. Le test amené par le § 204 des principes ALI rejoint ce camp méthodologique, et le commentaire c) invite à déduire objectivement de la conduite du défendeur l'impact prévisible de son activité. Voir aussi FRANÇOIS DESSEMONTET, A European Point of View on the Ali Principles—Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgements in Transnational Disputes, 20 Brook. J. Int'l L. (2005), p. 849ss, spec. p. 863 (« *Instead, the infringement happens where the market is impacted. A substantial impact must be the test, not an intentional targeting.* »).

⁹⁷⁸ Voir *supra* p. 166.

⁹⁷⁹ Voir *supra* p. 167-168.

⁹⁸⁰ Voir *supra* p. 168-169.

pour une analyse de type objective. A vrai dire, la distinction entre test objectif et subjectif n'apparaît pas clairement dans les arrêts, et reste obscurcie par la foison de terminologies mentionnées au début de cette partie. Nous la retiendrons donc comme premier élément identifié de notre typologie ; son analyse nous permettra, d'une part, de mieux recadrer le test en le plaçant sous une formulation unique, et, d'autre part, de trancher entre les deux tendances rapportées ci-dessus.

b) Critères de mesure

1016. La deuxième articulation de notre typologie du *targeting test* englobe la question des critères de mesure employés lors de sa mise en œuvre. Cet aspect peut se formuler ainsi : une fois face à un site Internet, quels sont les outils permettant de saisir son positionnement ? Quels sont les éléments permettant de mesurer ce lien entre celui-ci et la juridiction du for ?

1017. Au travers des différents *targeting tests* que nous avons rencontrés dans notre travail, nous avons pu constater que ce volet du test était relativement bien délimité. Les critères retrouvés de façon constante dans la jurisprudence sont la langue, la monnaie employée, l'emploi de ccTLD, et la présence de publicités ciblées.⁹⁸¹ Plus rarement employés sont les possibilités de référencement,⁹⁸² la teneur du message litigieux,⁹⁸³ ou encore une prise en compte des activités consenties par le défendeur hors réseau.⁹⁸⁴

1018. Reste deux points de contention. Le premier est le *Zippo test*, qui est inclus dans le test américain ainsi que celui de l'OMPI, mais qui est expressément exclu du test de *Pammer*. Son importance au sein d'un *targeting test* généralisé risque donc encore d'être débattue dans les développements à venir. Le second est la prise en compte de l'utilisation des techniques de géolocalisation, dont nous avons déjà eu l'occasion de déplorer l'absence au sein des jurisprudences examinées.⁹⁸⁵ Il s'agit là d'une lacune importante, à laquelle notre proposition de test devra remédier.

1019. Ces deux éléments mis à part, nous concluons à certaine cohérence de critères au travers des différents *targeting tests*. Mais même si l'on est plus ou moins d'accord sur leur emploi, leur hiérarchie et leur structure reste encore désorganisée. Que ce soit aux États-Unis, en France, ou encore dans notre exemple de l'OMPI, la grille de lecture de ces éléments reste trop générale, trop casuistique, et soumise tant aux variations des circonstances de l'espèce qu'à l'appréciation du juge. Cette dernière constatation souligne le besoin de revoir cette liste des indices identifiés ci-dessus, de les structurer, et d'expliquer leur poids respectif. Un tel exercice sera donc partie intégrante du développement de notre modèle.

⁹⁸¹ Ces critères se retrouvent dans tous les tests analysés dans notre travail. Voir *supra* p.120-121 (Etats-Unis), p. 162ss (France), p. 205-205(CJUE), ainsi que p. 286ss (OMPI).

⁹⁸² Ce critère ne se retrouve qu'en France et dans le test de la CJUE. Voir *supra* p. 164 (France) et *supra* p. 205ss (CJUE).

⁹⁸³ Ce critère se retrouve exclusivement dans la version américaine du *targeting test*. Voir *supra* p. 124.

⁹⁸⁴ Ce critère est proéminent dans le test de l'OMPI, voir *supra* p. 285.

⁹⁸⁵ Voir *supra* p. 243.

c) *Le targeting test* face aux spécificités de la diffamation

1020. Enfin, le troisième point de notre typologie nous amènera à prendre du recul face aux *targeting tests* analysés dans cette étude. De nos quatre exemples, seul un seul, soit le test américain de la jurisprudence *Young*, a été façonné pour traiter de la diffamation. Tous les autres ont été développés dans des contextes certes connexes, mais distincts : propriété intellectuelle, concurrence déloyale ou contrats de consommation. Il faut alors s'interroger sur lesquelles des spécificités de la diffamation, en lien avec les atteintes à la personnalité plus généralement, doivent être prises en compte dans l'élaboration de notre reformulation de test.

1021. Un premier problème apparaît dès que l'on sort du cadre des sites commerciaux. Lorsqu'il est question de ces derniers, les *targeting tests* analysés dans notre étude se sont révélés comme plutôt cohérents. Tant le test de l'OMPI que celui des juridictions françaises emploient la notion d'un impact économique pour mesurer le positionnement d'un site. Et, dans ce contexte, il n'a pas été problématique d'en analyser la structure à l'aide des critères de mesure vus ci-dessus. La finalité de l'impact économique donne corps à ces *targeting tests*, et permet de donner une direction à chacun de ses indices. Pareillement, le test trouvé dans *Pammer* se fonde sur la destination commerciale d'un site, et emploie un set de critères focalisés sur cette notion. Ces solutions nous seront utiles lorsque appliquées à des éditeurs professionnels ayant la volonté d'obtenir un revenu via leur site.

1022. En revanche, la diffamation et les atteintes à la personnalité se distinguent par le fait que ces actes illicites peuvent, de façon plus accrue que les atteintes au droit de propriété intellectuelle, facilement se produire un site n'ayant aucun intérêt commercial. Même un site ne faisant qu'afficher un message ou une photo sans publicités ni moyens de contact peut atteindre à la réputation d'une victime, s'il est consulté par le public d'une juridiction. Ici, la mesure de l'impact économique est peu pertinente, et en conséquence tous les indices y relatifs en deviennent moins probants. Comment, alors, déployer un *targeting test* dans ce cas de figure ?

1023. Les tribunaux observés dans notre étude n'ont généralement pas su résoudre ce cas. Sans critères économiques auxquels se rattacher, ils ont eu tendance à se fixer maladroitement sur l'unique teneur du message diffamatoire publié sur le site incriminé ainsi que sur l'intention subjective de son auteur. L'arrêt français *Gazmuri*, que nous avons déjà rappelé plus haut, est un bon exemple de ce schéma. Face à un site d'art informatif, le juge français ignore sa langue espagnole et son rattachement à un musée chilien et se focalise entièrement sur une interprétation générale de son contenu. Comme ce dernier concernait le monde de l'art, qui intéresse tout le monde, le tribunal en conclut que sa portée était globale, et qu'il devait s'attendre à être consulté depuis tous les pays mondiaux.⁹⁸⁶

1024. Même s'il est subjectif par nature, le *targeting* américain a également été frappé par un tel glissement. Dans l'arrêt phare *Young*, qui concernait les versions en

⁹⁸⁶ Voir *supra* p. 289.

lignes de deux journaux professionnels, la cour eut le réflexe correct de considérer plusieurs aspects techniques objectifs liés aux sites incriminés pour en déduire que leur portée était exclusivement locale. Mais la jurisprudence subséquente, ayant souvent trait aux sites non commerciaux, laissa de côté ce pan de l'analyse. Nous rappellerons ici les arrêts *Walker v. Best Van Lines* et *Helix v. Healix*, dans lesquels on considéra qu'un blog qui ne faisait que donner des informations d'ordre général visait un public global, et ne s'adressait en conséquence à aucune juridiction de façon suffisante pour retenir le *targeting*. Comme dans l'exemple de *Gazmuri*, les caractéristiques factuelles des sites furent dégagées, mais n'eurent aucun impact sur le raisonnement menant au jugement.⁹⁸⁷

1025. Ces exemples montrent que ce pan de la réflexion relative au *targeting test* n'est pas encore pleinement maîtrisé dans la pratique. De plus, la relative rareté de jurisprudence appliquant ce test à la diffamation, couplée à la variété des situations que peut amener Internet, se dressent comme d'importants obstacles au développement de notre typologie. Dans notre recherche de solution, il nous appartiendra donc de réfléchir sérieusement sur l'articulation de notre test en matière de sites non commerciaux, et par rapport aux spécificités de la diffamation plus généralement. Cette réflexion aura un impact triple sur notre solution :

- Elle nous forcera à développer un test qui soit pertinent, tant pour les sites commerciaux, que pour les sites non commerciaux.
- Elle nous fera réfléchir sur l'importance respective des différents critères d'analyse des sites Internet lorsque transposés au domaine de la diffamation.
- Elle nous fera enfin dégager des critères d'analyse spécifiques à ce domaine ; nous pensons notamment à l'ampleur internationale de la réputation du demandeur, ainsi qu'au poids du contenu du message diffamatoire diffusé par Internet.

4) *Typologie résumée du targeting test*

1026. En découpant les divers éléments formant le *targeting test*, nous avons pu cibler les points principaux qui formeront notre solution :

- Détermination de la nature objective ou subjective du test.
- Détermination des critères structurels employés pour mesurer le seuil choisi. Cette étape nous demandera de considérer en détails les divers éléments pouvant entrer en compte dans l'analyse d'une activité conduite sur le web. Elle nous demandera également de structurer ces indices, préférablement sous forme de liste facile à consulter et à manier.
- Prise en compte des spécificités de la diffamation. Il nous sera important de structurer ce test en gardant à l'esprit l'existence des sites non commerciaux, ainsi que des autres éléments propres à cet acte illicite.

⁹⁸⁷ Voir notre analyse de ces arrêts en *supra* p. 126-127.

1027. Dans la partie suivante, nous suivrons cette structure afin de développer et de détailler une version consolidée de ce test. A l'issue de cette discussion, nous déclinerons la proposition sous la forme d'un texte légal, inspiré par le modèle de l'OMPI.

F) *Proposition de targeting test*

1) *Test objectif, ou subjectif ?*

1028. Le premier élément de notre *targeting test* qu'il nous faut déterminer est celui de sa nature, soit du degré d'intentionnalité requise pour le remplir. L'importance de cette étape ne doit pas être minimisée, car c'est autour de cette exigence que pivotera tout le reste. Comme exposé dans la partie précédente, cette nature ci peut osciller entre deux pôles, qui se différencient par leur degré d'exigence. D'un côté, nous avons la subjectivité, et de l'autre, l'objectivité.

a) *Le targeting test subjectif*

1029. Cette exigence implique de s'assurer que le défendeur a subjectivement désiré atteindre, via son activité Internet, le public de l'État du for. Il n'est pas suffisant que ce site soit capable d'y être lu ou d'y intéresser une partie de la population s'y trouvant ; il faut démontrer qu'il y a été sciemment dirigé par la volonté de son exploitant. Une telle analyse demande donc au juge d'entrer dans sa conscience intérieure et de l'interpréter à l'aide des divers éléments factuels qui se présentent à lui. La question à se poser serait alors : « *Le défendeur a-t-il volontairement dirigé son site de façon à toucher un public dans ce lieu géographique ?* ».

1030. L'emploi d'un tel critère aurait plusieurs avantages : il protège de façon efficace les exploitants de sites Internet, et a le potentiel d'encourager le développement du réseau. Il respecte également la segmentation matérielle d'Internet et s'assure qu'aucun exercice de la compétence ne soit exorbitant.⁹⁸⁸ Mais, malgré ces qualités, un test axé sur la subjectivité soulève deux problèmes, à notre avis déterminants.

1031. En premier lieu, il est apparent que toute analyse du type subjective est subordonnée à une certaine interprétation de la part du juge. Et, en matière d'Internet tout particulièrement, nous estimons qu'il est ardu de saisir l'intention d'une partie sans verser dans la généralisation, voire dans l'arbitraire. Nous l'avons d'ailleurs constaté à plusieurs reprises dans notre travail : à force de trop se fixer sur la subjectivité du défendeur, certaines cours ont réduit le *targeting test* à une sorte de procès d'intention, déconnecté de toute réalité factuelle liée à la survenance de l'acte illicite. Que ce soit dans les arrêts américains descendant de *Young* ou dans l'arrêt *Gazmuri*, l'analyse de ce test se résuma à une généralisation du comportement du

⁹⁸⁸ BRIAN D. BOONE, Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *op. cit.*, p. 265-267; MATTHEW CHIVVIS, Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction, *op. cit.*, p. 714-719.

défendeur ainsi que du fonctionnement des sites Internet, qui eut plus d'importance que les autres indices factuels présents dans ces affaires. Ce type de raisonnement est à proscrire, car afin de remplir ses buts de prévisibilité et de stabilité, le *targeting test* ne doit pas se résumer à une divination unilatérale d'un fait aussi insaisissable que l'intention d'une partie.⁹⁸⁹

1032. Un autre problème relatif à l'emploi de cette exigence concerne sa focalisation excessive sur la personne du défendeur. Nous avons vu plus haut qu'une des principales critiques adressées au *targeting test* en général est qu'il tend à privilégier les choix opérés par celui-ci et à minimiser l'importance de la survenance de l'acte illicite dans une juridiction donnée.⁹⁹⁰ Cette critique trouve tout son sens lorsque l'on se trouve face à un *targeting test* dans son mode subjectif. En se concentrant principalement sur la volonté du défendeur, il ne prend pas suffisamment en compte l'impact objectif du contenu litigieux au sein du territoire analysé. Il n'offre donc pas suffisamment d'équilibre entre les intérêts des deux parties et pourrait amener des tribunaux à rejeter leur compétence alors qu'une atteinte à la réputation a bel et bien été subie.⁹⁹¹

1033. Pour ces deux raisons, nous estimons qu'un *targeting test* utilisant comme critère la subjectivité de l'exploitant du site Internet est à rejeter. La notion d'intention subjective est trop vague pour être juridiquement fiable, et elle tend à dévier l'entier de la réflexion sur la personnalité du défendeur. Un tel test ne répond pas à nos exigences de stabilité, de prévisibilité, et d'équilibre entre les parties.

b) Le *targeting test* objectif

1034. Le *targeting test* fixé dans son mode objectif implique un degré moindre de volonté. Ce n'est plus l'intention interne du défendeur qui est analysée, mais l'impact que peut provoquer son activité au sein de la juridiction examinée. Si son site est structuré de manière à y toucher un public, ou qu'il y est déjà populaire, ou encore qu'il s'inscrit dans le cadre d'une activité existante et dirigée envers ce lieu, elle sera remplie. La question à se poser dans ce contexte sera : « *La survenance de l'acte illicite en ce lieu était-elle au moins prévisible pour le défendeur, au vu d'un examen de son activité effectivement conduite ?* »

1035. Ce niveau d'exigence nous permet d'éviter les défauts liés à l'analyse subjective. Tout d'abord, en se focalisant sur le positionnement objectif d'un site, elle n'invite pas le juge à interpréter la volonté du défendeur. Comme il est question de mesurer un impact, les éléments structurels du site et la réalité de l'activité de son exploitant occuperont la partie centrale de l'analyse. Le risque de glissement théorique, amenant le *targeting test* vers une divination unilatérale et arbitraire, est alors évité.

⁹⁸⁹ MICHELLE A. WYANT, *Confronting the Limits of the First Amendment : A Proactive Approach for Media Defendants Facing Liability Abroad*, *op. cit.*, p. 398,

⁹⁹⁰ Voir *supra* p. 281.

⁹⁹¹ ERIC BARENDT, *Jurisdiction in Internet Libel Cases*, *op. cit.*, p. 734-735; PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 484-485.

1036. De plus, en ramenant l'examen sur la notion de prévisibilité objective de l'impact d'un site, cette exigence se soucie plus sérieusement des effets néfastes du contenu y publiées. Du moment que l'on constate qu'un site se donne les moyens d'intéresser un public au sein d'une certaine juridiction, il sera impossible pour son exploitant de se réfugier derrière l'ubiquité d'Internet, ou derrière une prétendue absence d'intentionnalité de sa conduite pour échapper à sa responsabilité. Cela ne veut pas pour autant dire que ses intérêts légitimes seront ignorés, car l'examen des éléments objectifs de sa conduite qui ont mené à la survenance de l'acte illicite permettra, quoique indirectement, de prendre en compte sa volonté. On atteint donc un certain point d'équilibre entre les intérêts des deux parties.⁹⁹²

1037. A nos arguments, on peut opposer qu'un *targeting test* objectif ne serait pas assez protecteur des intérêts des fournisseurs de contenu.⁹⁹³ Les juges pourraient trop facilement décréter que telle ou telle atteinte est « objectivement prévisible » ; en pratique, cela pourrait aboutir à une application détournée du critère de l'accessibilité. Nous estimons que cette critique est exagérée. Pour qu'il soit efficace, un *targeting test* bien structuré doit offrir au praticien une matrice de critères que le juge devra prendre en compte. Ainsi, contrairement à l'approche de l'accessibilité qui ne se soucie que de la disponibilité d'un site, l'analyse devrait toujours donner lieu à une décision motivée par un examen sérieux des indices y relatifs. Il est vrai que les risques de manipulation judiciaire ne seront pas entièrement évacués, mais nous estimons que l'élaboration d'une structure guidant la réflexion et la motivation du juge permettra déjà en soi d'apporter des réponses plus cohérentes et stables.

c) Solution : un test pris sous l'angle de l'objectivité

1038. Pour ces raisons, nous estimons que notre *targeting test* idéal devra s'analyser à l'aune de critères objectifs. En pratique, cela signifie que le juge devra s'attacher à déterminer si le site litigieux, de par sa structure et de par son contenu, pouvait sérieusement intéresser ou concerner le public local. L'intention subjective de son exploitant ne devrait pas être recherchée en tant que critère à part entière. Elle pourra, cependant, ressortir à travers la structure du site qu'il aura créé.

1039. Cette conclusion implique qu'un poids important sera accordée à une analyse objective des critères structurels formant le site examiné *in casu*. Il nous appartient donc maintenant de passer à la deuxième partie de l'élaboration de notre test idéal, qui nous verra établir une matrice de ces critères.

⁹⁹² Dans notre sens, voir ERIC BARENDT, *Jurisdiction in Internet Libel Cases*, *op. cit.*, p. 735; C. DOUGLAS FLOYD / SHIMA BARADARAN-ROBINSON, *Towards an Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects*, *op. cit.*, p.638-642 et 659-660; MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, 16 *Berkeley Tech. L. J.* (2001), p. 1345ss, spec. p. 1385-1386; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 366-368 (les termes employés par ce dernier auteur sont quelque peu trompeurs : le texte de son modèle cumule les exigences d'intentionnalité et de prévisibilité ; le commentaire explicatif y accolé traduit cependant la préférence à un test purement objectif. Ceci est corroboré par sa solution aux faits de l'arrêt Young en p. 377).

⁹⁹³ En ce sens, voir p. ex. MATTHEW CHIVVIS, *Reexamining the Yahoo! Litigations: Towards an Effects Test for Determining International Cyberspace Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 288.

2) Critères d'analyse : découpage en une structure triple d'indices

1040. Le cœur de notre *targeting test* tiendra en une analyse objective et contextuelle des divers éléments formant la structure d'un site Internet. Afin de pallier au flou entourant ce test, nous avons structuré nos réflexions de façon systématique afin de nous permettre d'élaborer une sorte de *check list* de critères qui puisse par la suite guider la réflexion du praticien. Nous avons séparé ces critères d'analyse en trois groupes : d'abord, nous traiterons d'indices dits généraux, qui seront pertinents dans tous les cas de figure. Ensuite, nous décrirons des indices dits commerciaux, qui ne seront utiles que si le site analysé est de nature commerciale. Enfin, nous discuterons d'indices qui auront particulièrement trait aux spécificités de la diffamation transnationale. Cette structure triple nous permettra de classer et de délimiter chacun des éléments relatifs au *targeting test*, mais aussi d'y insuffler une nécessaire flexibilité. Ses différentes branches seront indépendantes, et utilisables séparément selon leur pertinence dans un cas d'espèce.

1041. Cela dit, il nous faut reconnaître qu'il est impossible de ne pas laisser une certaine marge de malléabilité dans le *targeting test*. Au gré des litiges, et des types de sites analysés, certains des critères varieront grandement dans leur pertinence et dans leur importance. Ainsi, au-delà de l'établissement de cette *check list* divisée en trois branches, nous ne proposerons pas de hiérarchie stricte entre ces divers éléments d'analyse. Nous ne prétendons pas non plus à l'exhaustivité de nos critères.

3) Indices généraux

1042. Ce que nous appelons « *indices généraux* » regroupe les éléments structurels des sites Internet qui peuvent traduire de l'impact géographique d'un site, quelle que soit sa nature. Ils seront donc pertinents dans tous les cas de figure et devront donc être relevés de façon systématique. Ils comprennent le nombre de visites effectuées, la langue, le référencement, l'emploi de ccTLD, l'emploi de technologies de géolocalisation, et enfin le contenu général du site.

a) Nombre de visites

1043. Etant une sorte d'analogue aux chiffres de distribution physique d'un journal, le nombre de visites sur un site est un indice important de son positionnement et de son impact possible. Grâce aux technologies de géolocalisation prises dans leur fonction statistique, les fournisseurs de contenu ont la possibilité d'identifier leurs visiteurs, et d'en la répartition géographique.⁹⁹⁴ Ces chiffres seront généralement un bon point de départ pour notre *targeting test*, car un site qui est régulièrement accédé par un nombre conséquent de visiteurs émanant d'une juridiction précise aura le potentiel d'y créer un impact prévisible.

⁹⁹⁴ Voir *supra* p. 31ss.

1044. La valeur de cet indice doit cependant être nuancée. En matière de presse papier, le découpage géographique du tirage d'une publication est une donnée fiable et déterminante. Mais, sur Internet, les chiffres des visites d'un site n'ont pas le même caractère probant. Leur précision, et en conséquence leur valeur indicative, dépend du moyen de géolocalisation utilisé *in casu* par le fournisseur de contenu. Dans l'affaire *Gutnick*, par exemple, l'éditeur Dow Jones put établir de façon précise que la version en ligne de son journal avait été accédée par plusieurs centaines de visiteurs australiens. Cela, parce qu'elle avait soumis l'accès à un système d'abonnements payants, vérifié par les cartes de crédit des clients.⁹⁹⁵ En revanche, un site ne disposant que d'une géolocalisation par la voie de l'IP ne pourra pas fournir des chiffres aussi utiles : à cause de la nature imparfaite de cette technologie, ceux-ci seront souvent incomplets ou trompeurs. Plutôt que de dresser un tableau clair de la répartition des lecteurs d'un site, ces données ne feront alors que donner un aperçu général du public qui l'a consulté.⁹⁹⁶

1045. En résumé, il faudra prendre soin d'approcher les chiffres de consultation de façon proportionnée selon les variations des cas d'espèce, et de les faire contraster avec les autres indices proposés par notre *targeting test*. *A contrario*, ils ne devraient pas avoir une valeur aussi déterminante qu'en matière de presse papier.

1046. Enfin, il faut rappeler que ces chiffres ne sont accessibles qu'au défendeur, et qu'ils dépendent de la structure de géolocalisation qu'il aura implémentée. S'il n'a pas déployé ce type de technologies, ou qu'il a été victime de problèmes techniques, il se peut que la restitution de ces données lui soit impossible.⁹⁹⁷ Dans ce cas de figure, faudra alors se reposer sur les autres indices structurels pour trouver une réponse au *targeting test*.⁹⁹⁸

⁹⁹⁵ Voir *supra* p. 60-61.

⁹⁹⁶ D'autant plus que les services de géolocalisation par IP ne sont pas, en eux-mêmes, équivalents au niveau de leur taux de précision selon le prix et le service choisi. Pour plus de précisions, voir nos conclusions en ce sens en p. 48.

⁹⁹⁷ Cette absence de chiffres fut déterminante dans un arrêt *Brisard*, rendu par la High Court of Justice anglaise. Dans celui-ci, l'ancien administrateur du site du défendeur à l'époque des faits n'avait pas conservé les listes de ces données. En l'absence de ceux-ci, le demandeur tenta de convaincre le juge anglais qu'un site disponible en Angleterre devait être présumé comme ayant été consulté par une large partie de la population. L'idée d'une telle présomption fut finalement rejetée. Voir *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 12.05.06, *Al Amoudi v. Brisard*, [2006] EWHC 1062 (QB), par. 17.

⁹⁹⁸ En lien avec cette mainmise du fournisseur de contenu sur ces chiffres, se pose la question suivante : comment une victime peut-elle connaître, au moment de l'atteinte, de ces chiffres de consultation en vue de placer son action en un lieu approprié ? Cette interrogation sort de notre domaine du droit international privé ; il concerne les moyens de preuve entre parties au sein de la procédure civile, domaine qui est reconnu comme régi par la loi procédurale du for. Reconnaisant ce principe de façon comparée, quoique en dehors de la problématique stricte d'Internet, voir TREVOR C. HARTLEY, *Jurisdiction in Conflict of Laws : Disclosure, Third-Party Debt and Freezing Orders*, 126 *Law Q. Rev.* (2010), p. 194ss, spec. p. 201-203. Sans vouloir entrer ici dans les détails, nous avons constaté que cet aspect procédural n'est pas non plus internationalement cohérent. En Angleterre, ces informations pourront être obtenues par la procédure de *pre-action disclosure* prévue à l'art. 31.16 CPR ; voir en ce sens MATTHEW COLLINS, *The Law of Defamation and the Internet*, *op. cit.*, par. 5.11. Aux Etats-Unis, une large procédure de *discovery*, y compris préemptive, est prévue selon les règles 26ss des *Federal Rules of Civil Procedure*. En Suisse, la procédure civile, suivant la maxime des débats, voit amener les moyens de preuves administrés par le juge au cours de l'instance. Selon les cas, il sera possible d'administrer des preuves en tout temps- y compris de façon anticipée- si un motif suffisant fonde la requête ; voir en ce sens les art. 150-150 du Code de Procédure

b) Langue du site

1047. La langue dans laquelle est rédigé un site est un autre indice de *targeting*. S'il est compréhensible par le public d'une juridiction donnée, il aura plus de chances d'y avoir été lu et d'y avoir créé un impact. A l'inverse, si sa langue n'est peu ou pas parlée en ce lieu, il sera difficile d'y retenir la prévisibilité de ses effets. En matière de diffamation, cet indice revêtira une importance capitale, et ce bien plus que dans les autres domaines du droit. Cela, car un texte incompréhensible par les internautes d'un État est incapable d'y produire une atteinte diffamatoire.⁹⁹⁹

1048. Déjà mentionné plus haut dans notre texte, et démontrant ici l'utilité du critère, est l'exemple du site rédigé exclusivement en japonais et pleinement accessible en Suisse.¹⁰⁰⁰ Si une procédure est lancée à son encontre devant les tribunaux helvétiques, on ne pourra vraisemblablement pas conclure qu'une atteinte dans cet État était objectivement prévisible, tellement cette langue est éloignée de celles maîtrisées par la grande majorité des internautes Suisses. Dans ce type d'exemples, cet indice sera facile à manier, car il suffira de comparer la langue du site aux langues connues au sein de la juridiction du tribunal du for. Trois éléments viennent cependant en compliquer l'usage : l'emploi de langues d'emploi transfrontalier, la difficulté de délimiter les langues parlées au sein d'un État, et enfin l'existence des outils de traduction en ligne.

1049. En premier lieu, il faudra prendre garde aux langues dont le rayonnement international est tel que leur emploi ne permet pas toujours de déceler s'il y a le *targeting*.¹⁰⁰¹ Imaginons par exemple le cas d'un tribunal américain, appelé à statuer sur le positionnement d'un site principalement destiné au public australien. Ici, le fait que le site soit rédigé en anglais ne sera pas un indice indiquant un *targeting* en direction de ce lieu, car les deux juridictions parlent couramment cette langue. Même cas de figure pour un site québécois rédigé en français et poursuivi en France.

1050. Cette difficulté a été intégrée par la CJUE lors de l'élaboration de son propre test à l'occasion de l'arrêt *Pammer*. Comme solution, elle proposa de ne prendre en compte la langue affichée sur le site que s'il s'agit d'une langue supplémentaire à celle pratiquée habituellement par son exploitant.¹⁰⁰² Par exemple, il sera indifférent qu'un site américain ou australien soit rédigé en anglais. Mais il sera pertinent si ce même site propose volontairement une version française de son contenu. Ceci est, à notre avis, peut-être un peu trop généreux envers le fournisseur

Civile (Suisse), RS. 272, ainsi que DAVID HOFMANN / CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, p. 79-82. Enfin, en droit français, la procédure en matière d'atteintes commises par la presse est compliquée par une transposition dans la procédure civile des règles de procédure pénale, qui sont empreintes d'un fort formalisme. Notamment, il appartient au demandeur de précisément décrire les faits et leur qualification juridique au moment de l'introduction de l'instance. Pour plus de détails, voir EMMANUEL DREYER, Saisine des Juridictions, in: CHRISTIAN LE STANC (ed.), Jurisclasseur Communication.

⁹⁹⁹ En ce sens, voir DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 367.

¹⁰⁰⁰ Voir *supra* p. 259.

¹⁰⁰¹ En ce sens, voir YULIA A. TIMOFEEVA, Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁰² Voir *supra* p. 205.

de contenu, surtout dans le domaine de la diffamation où la langue est un critère essentiel permettant la matérialisation du dommage. Le fait qu'un texte soit compréhensible au sein d'une juridiction devrait toujours rester un indice probant, quoique d'ampleur affaiblie. Par contre, la valeur d'une traduction supplémentaire à la langue originelle du site est indéniable.

1051. Le problème posé par les langues populaires peut également se concevoir de la façon inverse. L'emploi par un site d'une langue très populaire, et étrangère à celle(s) parlée(s) dans la juridiction du for ne sera pas forcément la preuve d'une absence de *targeting*. Par exemple, un site rédigé uniquement en anglais, langue pratiquée largement dans plusieurs milieux, aura de larges chances d'être lu et compris en Suisse, même si cette langue n'est pas une des langues officielles de ce pays. Une telle analyse de *targeting* partirait cependant avec quelques réserves quant au bien-fondé de l'exercice de la compétence du juge du for à son encontre.¹⁰⁰³

1052. En résumé, on pourra distinguer les cas de figure suivants :

- Si la langue du site n'est aucunement parlée dans l'État du for, cet indice aura une valeur déterminante et amènera au rejet du *targeting*.
- Si cette langue n'y est pas parlée, mais qu'elle a un usage international, cet indice tendra à rejeter le *targeting* mais devra être interprétée avec réserve, à l'aune des autres indices du test.
- Si la langue du site est parlée dans l'État du for, cet indice plaidera pour l'acceptation du *targeting* mais à nouveau avec réserve.
- Si le site propose un choix de langues et de traductions, comprenant celle parlée dans le for, alors l'indice aura une valeur déterminante et amènera à l'acceptation du *targeting*.

1053. Il nous reste à traiter d'un dernier problème, amené par la disponibilité sur Internet d'outils de traduction instantanés. Dans son célèbre article portant sur le *targeting test*, le professeur GEIST estima en effet que leur développement affaiblissait l'indice de la langue, et le rendait inutile en tant qu'étalon de mesure du *targeting test*.¹⁰⁰⁴

1054. Ces outils, tels que Google Language Tools¹⁰⁰⁵ ou Bing ! Translate,¹⁰⁰⁶ sont des traducteurs automatiques qui permettent de convertir tout site Internet d'une langue à l'autre, de façon instantanée et gratuite. Ils se présentent de deux manières : soit le fournisseur de contenu les intègre directement dans la structure de son site et permet aux visiteurs de traduire son contenu dans plusieurs langues qu'il aura

¹⁰⁰³ Rejoignant nos conclusions, voir CHRISTOPHE CARON, Liens commerciaux et règles de compétence dans le contentieux international, *Comm. com. électr.* (Fev. 2011), p. 27ss, spec. p. 28, voir aussi notre analyse de la pratique française, en *supra* p. 162-164.

¹⁰⁰⁴ MICHAEL A. GEIST, Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, *op. cit.*, p. 1384-1385; voir aussi DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁰⁵ <http://www.google.com/language_tools?hl=en> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰⁰⁶ <<http://www.microsofttranslator.com>> (dernière visite le 01.07.12).

choisies ;¹⁰⁰⁷ soit l'internaute se rend sur le site de ces services, et y entre lui-même l'adresse du site qu'il voudrait consulter dans une langue qu'il puisse comprendre. L'accessibilité et la gratuité, ainsi que le constant développement de ces outils amènent GEIST à penser qu'ils amènent à une effritement de la barrière de la langue.

1055. Nous concédons que le développement de ces outils a de quoi permettre à tout un chacun de comprendre un site malgré l'absence de traduction expresse de la part du fournisseur de contenu. Mais nous estimons qu'elles ne gênent pas pour autant l'analyse structurelle de la langue disponible sur un site dans le cadre d'un *targeting test*. Si un site incorpore directement ce type de technologies, et qu'il est ainsi proposé dans plusieurs langues par le fait de son exploitant, cela nous indique qu'il cherche à être lu et compris par un public élargi de lecteurs comprenant ces langues. Au fond, ce cas de figure n'est pas différent d'un site traditionnel qui proposerait un choix de langages. Le second cas de figure, soit celui de l'internaute qui traduit lui-même un site automatiquement, ne devrait pas entrer en compte dans notre analyse de *targeting test*. Ce type d'occurrences sort de l'analyse de la structure d'un site Internet, et leur conférer une valeur d'indice rendrait les fournisseurs de contenu responsables pour des actes conduits unilatéralement par un public tiers. Pour conserver le sens de la prévisibilité que nous souhaitons donner à notre test, il nous semble donc cohérent d'exclure ce type de traductions incontrôlables qui ne sont pas du ressort du défendeur.

1056. Selon ces arguments, nous estimons que l'existence et le développement de ces technologies de traductions automatiques ne vide pas de son sens le choix de la langue opéré par l'exploitant d'un site Internet. Quel que soit l'état de cette technologie, il pourra choisir ou non de les employer, et ainsi choisir la portée géographique du public qu'il entend atteindre. La valeur du critère de la langue en tant qu'indice en reste donc entière.¹⁰⁰⁸

c) Référencement

1057. Tout site web, même accessible depuis une pluralité de pays, doit se faire connaître pour être visité de façon substantielle. Et le meilleur moyen de trouver un public est de se faire référencer sur un moteur de recherche.¹⁰⁰⁹ L'intensité de ce référencement peut être un indice de notre analyse de *targeting*. Deux aspects différents de ce système nous seront particulièrement intéressants.

1058. Le premier tient à la valeur du référencement lui-même. Lorsque l'on recherche une information précise sur Internet, on emploie souvent les services de

¹⁰⁰⁷ Par exemple, pour rajouter la traduction instantanée Google sur son site Internet, il suffit de remplir un formulaire et d'ajouter un « plugin » sur son site, une manipulation très aisée. Voir <http://translate.google.com/translate_tools> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰⁰⁸ Rejoignant notre solution, voir Principes ALI, com. c). (« *For example, if a website operator includes a translation program, it may well be deemed amenable to suit in the jurisdictions where the program's languages are spoken. However, if a user employs the user's own translator program (or one acquired elsewhere), only the languages of the website should be taken into account in determining whether the defendant was seeking to initiate or maintain contact with the forum.* »).

¹⁰⁰⁹ Voir notre présentation de ces moteurs en *supra* p. 20.

moteurs de recherche automatiques tels que Yahoo !, Bing, ou Altavista. En entrant le nom d'un acteur célèbre dans l'un de ces outils, on obtient une liste de sites comprenant sa page web officielle, mais aussi une série d'autres sites ayant trait à son actualité ou discutant de sa carrière. Cette liste, générée automatiquement, les affiche par ordre de valeur et donne priorité aux sites fiables et pertinents en rapport avec la requête de recherche. Inversement, les sites mineurs, peu consultés ou tout simplement hors sujet se retrouveront bien plus loin dans la liste. Enfin, les sites dits « sponsors » apparaissent en tête de liste, mais seulement parce qu'ils ont consenti à adhérer à un service payant proposé par la société exploitant le moteur de recherche garantissant cet affichage préférentiel de résultat.¹⁰¹⁰

1059. Ce classement de valeur à l'affichage des résultats est un enjeu important pour les exploitants de sites, car il détermine directement de la visibilité et de l'accessibilité de leur contenu.¹⁰¹¹ Apparaître dans la première page de résultats permet d'avoir un impact bien plus important que d'être confiné aux à la cinquième ou à la cinquantième page. Ainsi, nombre de webmasters consentent des efforts structurels afin d'améliorer le « rang » de leurs pages auprès de ces moteurs de recherches, par l'emploi de moyens divers : mots clés de recherche, structures spécifiques de mise en page, qualité des liens proposés, ou emploi de technologies fournies par les moteurs en question.¹⁰¹² Enfin, pour s'épargner cet effort, ils peuvent aussi faire appel au service de publicité payante pour assurer la promotion de leur contenu. Il est également possible d'effectuer l'opération contraire, soit d'exclure sa page des listings des moteurs de recherche. Pour ce faire, le fournisseur de contenu n'a qu'à ajouter à son arborescence technique un fichier interdisant aux programmes de recherche de consulter et d'indexer les pages qui s'y trouvent.¹⁰¹³

1060. Nous avons constaté que l'emploi de cet indice du référencement est examiné par les *targeting tests* français et européens, quoique à des degrés différents. En France, il n'a été explicitement employé qu'à l'occasion de litiges ayant trait à l'utilisation induite de marques en tant que mots-clés de recherche promotionnels, un domaine qui est lié de façon endémique au monde des moteurs de référencement.¹⁰¹⁴ En droit communautaire, la CJUE a décidé de ne prendre en compte cet indice uniquement lorsque le fournisseur de contenu a engagé des dépenses

¹⁰¹⁰ Voir p. ex le service Adwords du moteur de recherche Google, à l'adresse suivante : <<http://adwords.google.com>> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰¹¹ Marque de fabrique des moteurs de recherche, les algorithmes permettant de classer les sites par pertinence n'ont pas été exhaustivement révélés par leurs exploitants. Des efforts tiers existent néanmoins pour élucider leur fonctionnement complet et aider les possesseurs de sites Internet à bien être référencés. Pour une telle liste tentative de facteurs en rapport avec la technologie de Google, voir p. ex. <<http://www.vaughns-1-pagers.com/internet/google-ranking-factors.htm>> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰¹² Le moteur de recherche Google a par exemple publié un guide de développement web permettant aux exploitants de mettre leur site en adéquation avec leur système d'indexation. Voir <<http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?hl=en&answer=35769#1>> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰¹³ Pour un exposé de la procédure en question, voir <<http://www.robotstxt.org/robotstxt.html>> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰¹⁴ Voir *supra* p. 164.

monétaires pour obtenir son référencement, ce qui exclut du test tous les résultats qui ne sont pas sponsorisés.

1061. Dans le cadre de notre problématique, ce test peut aussi être employé, en entrant par exemple le nom de la victime dans le moteur de recherche, ou en entrant quelques mots clés en rapport avec l'article litigieux. Quatre cas de figure apparaîtront alors :

- Le site apparaît en tête des résultats en tant que lien sponsorisé identifié en tant que tel. Dans ce cas, son exploitant aura monnayé la visibilité de son site. Cet indice sera déterminant et plaidera dans le sens d'une *targeting*.
- Le site apparaît en tête des résultats, par exemple dans la première page, mais en tant que lien normal. Cela traduit que le site est populaire et sera souvent consulté en rapport avec l'objet de la recherche. Cet indice sera donc important, et ira dans le sens du *targeting*.
- Le site apparaît, mais pas en tête de liste. Dans ce cas de figure, nous conseillons de ne pas y accorder beaucoup d'importance. Lorsqu'il s'agit d'informations relatives à une personne, les résultats des moteurs de recherches fluctuent assez grandement au gré des nouvelles dépêches. Il est donc difficile de retirer des informations utiles de la position d'un site lorsque l'on entre dans les résultats moins immédiats.¹⁰¹⁵
- Le site n'apparaît pas du tout dans la recherche. Cela devrait être un indice que le site n'a pas dirigé son activité par le biais du référencement.

1062. Le second aspect sous-tendant l'utilité de cet indice est la segmentation géographique des moteurs de recherche. La plupart des moteurs modernes sont localisés de manière à répondre aux besoins spécifiques des internautes provenant de régions déterminées, et proposent des résultats taillés sur mesure en prenant en compte la langue et les intérêts de ces derniers. Une recherche effectuée sur <www.google.ch> et <www.bing.ch> ne donnera pas les mêmes résultats que sur <www.google.co.uk> et <www.bing.co.uk>. Certains de ces moteurs permettent même d'affiner la recherche et de ne retenir que les résultats provenant de pages locales. Cela permet de faire des recherches comparées : si un site est référencé dans la version locale d'un moteur de recherche, alors qu'il est absent ailleurs, il sera difficile pour son exploitant de plaider que ce lieu n'était aucunement visé par son activité. A l'inverse, un site qui n'apparaît pas à l'échelle locale n'aura que peu de chances de remplir l'exigence de *targeting*. Cet indice doit cependant être apprécié avec réserve, cette segmentation géographique étant aisément contournable.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁵ Par exemple, entrer aujourd'hui des mots-clés tels que « Joseph Gutnick » dans Google nous offre des résultats primaires informatifs (Wikipedia, profil universitaire), sur ces personnes, ainsi que des résultats secondaires en lien avec la dispute judiciaire qui le concerne. Ces résultats secondaires ont le potentiel de brouiller les pistes, puisqu'ils sont survenus en réaction à la procédure judiciaire devant appliquer le *targeting test*.

¹⁰¹⁶ Sur Bing, il est possible de la contourner en allant sur la version dédiée à une région étrangère (par exemple <www.bing.co.uk> depuis la Suisse donnera les résultats dédiés au public anglais). La manipulation est plus

d) Choix du Top Level Domain¹⁰¹⁷

1063. La prise en compte du Top Level Domain, suffixe qui vient terminer l'URL et servant comme adresse d'un site, peut également servir en tant qu'indice du *targeting test*. Deux éléments sont à discuter ici : les ccTLD, et les gTLD.

1064. Les ccTLD, ou les TLD nationaux, sont pris en compte par tous les *targeting tests* que nous avons analysés, en tant qu'indicateurs de *targeting* du pays concerné. Un écart d'interprétation nous vient cependant de la part du test européen effectué par la CJUE dans *Pammer*. Comme pour l'indice de la langue, cette cour ne prend en compte que les ccTLD additionnels à celui originellement employé par le fournisseur de contenu. Par exemple, le fait que l'URL d'un site allemand se termine en .de n'aura aucune incidence. Par contre, si ce site allemand s'associe à un nom de domaine supplémentaire suffixé par .ch, là, cet indice devra être pris en compte.¹⁰¹⁸ Il convient de rejeter l'approche communautaire, car elle ignore que tout ccTLD peut être une information utile en vue de déterminer la destination ainsi que l'impact d'un site. Un site dont l'URL se termine par .de, qu'il soit d'origine allemande ou autre, aura toujours une certaine affinité avec le public allemand. Notre solution rejoint donc le test français ainsi que celui de l'OMPI, et considère que le ccTLD est toujours un indice utile. Evidemment, si le fournisseur de contenu emploie plusieurs noms de domaines pour identifier son site, et que ceux-ci sont suffixés de ccTLD différents, ces derniers seront des indices capitaux soulignant la possibilité d'impact plus large accordée à la publication de son site.¹⁰¹⁹

1065. Une seconde et dernière difficulté liée aux ccTLD peut provenir de ceux qui ne sont choisis que pour leur consonance ou leur attractivité matérielle. C'est le cas des suffixes en .tv, censés être rattachés aux îles Tuvalu, qui sont privilégiés par des entreprises médiatiques étrangères. Ces ccTLD ne témoignent pas d'une orientation géographique et ont le potentiel de fausser notre analyse.¹⁰²⁰ Cela dit, ils seront en pratique facilement identifiables dans un cas d'espèce, et devraient être approchés en conséquence par le juge désigné.

1066. En ce qui concerne l'appréciation des gTLD, soit les terminaisons génériques comme .com ou .net, nous assistons également à une opposition d'interprétations, également amenée par la jurisprudence de la CJUE. Dans le *targeting test* français,¹⁰²¹ ainsi que dans celui de l'OMPI,¹⁰²² le gTLD n'est pas pris en compte car il ne témoigne d'aucune réalité géographique et ne fait que désigner un

complexe sur Google, qui use de géolocalisation pour cibler son contenu, mais elle reste possible en modifiant les options de ce moteur de recherche et d'y changer les paramètres régionaux.

¹⁰¹⁷ Pour une présentation des TLD, voir *supra* p. 25ss.

¹⁰¹⁸ Voir *supra* p. 205.

¹⁰¹⁹ Nous rejoignant, voir CÉDRIC MANARA, Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi, D. 1 (2011), p. 5ss. Pour un avis plus modéré, voir CHRISTOPHE CARON, Liens commerciaux et règles de compétence dans le contentieux international, *op. cit.*, p.28.

¹⁰²⁰ Voir *supra* p. 26.

¹⁰²¹ Voir *supra* p. 164-166

¹⁰²² Voir *supra* p. 286.

secteur d'activité. En revanche, dans l'application communautaire du test, les gTLD sont considérés comme des suffixes « neutres », qui laissent à penser que le site du fournisseur de contenu déploie une activité de type internationale, dirigée vers une pluralité de pays.¹⁰²³ Cette interprétation ne saurait être suivie, car elle n'est fondée que sur une interprétation simpliste des TLD, dénuée de tout appui factuel. Comme le souligne à juste titre le professeur MANARA, le choix d'un gTLD n'est pas forcément motivé par l'envie de toucher un public global mais peut dépendre du prix et de la disponibilité de ces noms de domaine auprès des registres attirés.¹⁰²⁴ Nous rejetons donc l'interprétation européenne, et écartons du même fait l'emploi de gTLD des indices formant le *targeting test*.

e) Emploi d'outils de géolocalisation et examen du filtrage juridictionnel

1067. L'emploi des technologies de géolocalisation dans leur rôle de filtrage est un bon moyen pour déceler la destination géographique d'un site. A l'aide de celles-ci, son exploitant peut directement choisir quelles juridictions auront accès à son contenu. Cette possibilité d'évitement juridictionnel, qui n'est actuellement pris en compte dans aucun des *targeting tests* vu dans notre travail, se doit d'avoir une place au sein de notre modèle.

1068. Comme nous avons eu l'occasion de le détailler lors de notre critique du principe de l'accessibilité, l'appréciation du filtrage opéré par le défendeur ne doit pas être trop rigide. Celui-ci sont coûteux, et sa précision reste encore imparfaite voire d'une qualité très variable selon le service employé. A l'issue de cette discussion, nous avons pu déceler un modèle approprié de cette appréciation, basé sur une prise en compte graduée et proportionnée de l'effort de filtrage fourni par le défendeur. Comme nous pouvons le transposer tel quel au sein de notre *targeting test*, il sera reproduit ci-dessous et rajouté directement à notre modèle.¹⁰²⁵

1069. Ce modèle a pour but de mesurer l'effort de filtrage consenti par le fournisseur de contenu, compte tenu de deux éléments distincts :

- Les moyens financiers et techniques à la disposition du défendeur au moment de l'atteinte. On pourra opposer à des multinationales comme Yahoo ! ou Dow Jones de ne pas avoir identifié et filtré les visiteurs émanant de la juridiction du lieu du for. Mais on n'exigera pas une géolocalisation aussi cohérente de la part des éditeurs de petite et moyenne envergure : pour ceux-ci, on regardera s'ils ont au moins déployé des efforts à la hauteur de leurs moyens.
- La bonne foi du défendeur. Celle-ci peut se déceler par le contexte, la teneur, la portée et la popularité de son site. Par exemple, s'il s'agit d'un site populaire, dont le contenu tend à publier des informations portant atteinte à

¹⁰²³ Voir *supra* p. 205.

¹⁰²⁴ CÉDRIC MANARA, Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰²⁵ Pour plus de détails, voir notre discussion complète à ce sujet en *supra* p. 266ss ainsi que les auteurs y cités.

autrui, le juge pourra plus facilement reprocher à son propriétaire de ne pas avoir pris des mesures sérieuses de géolocalisation et de filtrage. A l'inverse, un site de nature personnel ou local, ou qui n'a jamais été populaire, ne pourra pas se voir opposer son manque de prévoyance.

1070. Une analyse proportionnée de l'effort de la géolocalisation sous l'angle du filtrage opéré par un site sera un bon indice de son positionnement. Il mettra en exergue les possibilités d'évitement juridictionnel offertes à son auteur au moment des faits et les mettra en rapport avec la prévisibilité de l'atteinte diffamatoire au sein du lieu examiné.

f) Contenu général du site

1071. En tant que dernier indice d'ordre général, il peut être opportun de prendre en compte la nature du contenu d'un site afin de savoir s'il peut intéresser le public de la juridiction analysée. Comme notre *targeting test* a une nature objective, ce pan de la réflexion n'a pas pour but de déceler une quelconque intention subjective de la part de son auteur, mais de déterminer, d'un unique coup d'œil, si son site s'ancre dans une certaine réalité géographique. Il n'est pas non plus ici question d'examiner le contenu de l'article litigieux, qui sera un indice examiné plus tard,¹⁰²⁶ mais bel et bien de considérer le site dans son ensemble.

1072. Cet indice peut prendre forme d'après les interrogations suivantes : s'il s'agit d'un journal, est-il un journal de type généraliste, ou s'attache-t-il uniquement à des problématiques qui lui sont régionales ? S'il s'agit d'un blog, parle-t-il de sa réalité quotidienne proche, ou traite-t-il de sujets plus généraux ? Les liens qui y sont disponibles mènent-ils à des autres sites locaux, ou à des sites géographiquement éparpillés ? Et, surtout, parle-t-il de sujets qui pourraient intéresser le public de la juridiction du tribunal du for ? Pour des sites d'importance internationale, il peut également être intéressant de voir dans quelle rubrique se trouve l'article incriminé. S'il se trouve dans une rubrique destinée à un État en particulier, cela pourra être un indice en faveur d'un for en ce lieu. Si, au contraire, il n'apparaît pas dans la version du site dédiée à l'État examiné, le juge devra possiblement écarter le *targeting*.

1073. Cet indice ne nous aidera réellement que lorsque le positionnement du site saute aux yeux, par exemple dans un site ayant clairement des rubriques nationalisées. Pour d'autres sites plus généralistes, il nous sera bien moins utile. Néanmoins, connaître quel est le public généralement adressé par les rubriques formant un site peut aussi servir mettre en perspective les autres indices de notre *targeting test* et à expliciter leur relation.

4) Indices commerciaux

1074. Lorsque l'on se trouve face à un site de nature commerciale, d'autres indices viendront s'ajouter à ceux déjà détaillés plus haut. Inspirés de la notion d'« impact

¹⁰²⁶ Voir *infra* p. 311.

commercial », trouvée dans le texte de l'OMPI ainsi que dans la jurisprudence française, ces critères auront pour but de déterminer si le site litigieux est construit de façon à déployer son activité commerciale au sein de la juridiction examinée. Si c'est le cas, et qu'il est capable d'en extraire un flux monétaires, l'exigence de notre *targeting test* sera remplie.¹⁰²⁷ Ces facteurs commerciaux viennent compléter l'analyse des facteurs généraux et n'ont pas la vocation de se substituer à ces derniers, qui restent utiles pour mesurer l'impact possible d'un site, quelle que soit sa nature.

a) Fourniture directe de biens ou de services

1075. Lorsqu'un fournisseur de contenu propose de contracter à la fourniture d'un bien ou d'un service, il est évident qu'il dirige son activité commerciale en direction de tous les lieux concernés par son offre. Une telle occurrence aura un poids majeur dans notre analyse du *targeting test*. Cependant, il ne suffira pas que l'offre existe. Il faut de plus qu'elle soient valable et ciblée vers la juridiction examinée dans le cas d'espèce. Plusieurs indices plus mineurs pourront alors nous aider à déterminer si c'est le cas: le type de monnaie affiché, les possibilités de paiement ou encore les possibilités géographiques de livraison. Il sera également utile de savoir si le site a déjà contracté avec des clients émanant de cette juridiction, et, si c'est le cas, dans quelle mesure.

1076. Notre domaine touchant surtout aux entreprises de presse, notre version de ce critère s'attachera particulièrement à savoir si le site examiné dispose d'un système d'abonnements en ligne ou si l'accès à ses articles individuels est payant. Si c'est le cas, et que ces offres sont disponibles depuis la juridiction d'analyse au moment de l'atteinte, cet élément du *targeting test* pourra être considéré comme rempli. Par exemple, pour juger du *targeting* commercial en Suisse d'un site de vente de journaux étrangers, il faudra déterminer s'il permet spécifiquement aux internautes suisses d'y accéder, de les consulter en ligne, voire de les acheter et de se les faire livrer physiquement. Dans une moindre mesure, il faudra aussi prendre en considération les possibilités d'abonnements de consultation gratuits offerts par les versions en ligne de certains journaux ainsi que la mise à disposition d'autres possibilités contractuelles offerts sur celui-ci, comme par exemple la commande des produits dérivés marqués du logo de la publication.

1077. Ce faisceau d'indices se retrouve dans tous les tests que nous avons examinés, et n'a jamais été remis en question. Il incarnera donc la part majeure de notre *targeting test* en matière de sites commerciaux.¹⁰²⁸

¹⁰²⁷ En ce sens, voir CHRISTOPHE CARON, Liens commerciaux et règles de compétence dans le contentieux international, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰²⁸ Voir aussi Principes ALI, § 204, comm. c).

b) Rejet du Zippo test

1078. Lorsqu'un site de nature commerciale ne propose pas directement à l'internaute de contracter, il reste capable de mettre en relation son exploitant et des clients potentiels. Il existe une possibilité d'interaction résiduelle entre celui-ci et la juridiction d'analyse : possibilité d'inscription à des *mailing lists* publicitaires, présence de forums permettant de discuter entre visiteurs ou de contacter l'exploitant, ou encore indication des coordonnées de ce dernier.

1079. Le *Zippo test*, sensé mesurer ces possibilités résiduelles de contact commercial, a une place disputée au sein de l'appareillage du *targeting test* : autant il est explicitement adopté par le test de l'OMPI,¹⁰²⁹ et est employé à demi-mot au sein des juridictions américaines¹⁰³⁰, autant il a été sévèrement rejeté par la CJUE dans l'arrêt *Pammer*. Selon la Cour, l'intensité de l'interactivité technique commerciale d'un site n'est pas un indice probant de son positionnement, car il suffit d'indiquer le nom et l'adresse de son exploitant pour qu'un client potentiel puisse le contacter. Or, ce type d'informations est obligatoire en vertu de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Il en découle que toute analyse du degré de l'interactivité commerciale est inutile.¹⁰³¹ Sur ce point, nous nous accordons avec la CJUE, dont le raisonnement s'adapte aux sites de presse à but commercial. Du moment qu'un site permet un contact de nature commerciale avec une juridiction précise, il importera peu de savoir comment ce contact peut s'établir.

1080. Comme nous l'avons souligné dans notre critique, il nous est difficile de voir quel est aujourd'hui l'apport matériel de ce *Zippo test* : la grande majorité des sites Internet présentant des articles, quel que soit leur positionnement, disposent une structure de web 2.0. proposent un certain degré d'interaction.¹⁰³² Nous concluons donc à un rejet du *Zippo test*, également à titre d'indice qualifiant le *targeting test*.

c) Publicités

1081. Au-delà du contact proprement dit, un site peut espérer tirer un revenu de ses consultations en y plaçant des publicités. Le processus classique voit son exploitant mettre une bannière ou un encart publicitaire dans la structure de sa page web. Lorsque ces éléments publicitaires sont affichés lors d'une visite, l'exploitant se verra rémunéré par l'annonceur.¹⁰³³ La présence et l'intensité de ces publicités peuvent être de bons indices d'un positionnement commercial. La question à se poser sera donc la

¹⁰²⁹ Voir *supra* p. 286.

¹⁰³⁰ Voir *supra* p. 114-118.

¹⁰³¹ Voir *supra* p. 206.

¹⁰³² Voir *supra* p. 274ss.

¹⁰³³ Pour plus de détails voir <http://en.wikipedia.org/wiki/Online_advertising> (dernière visite le 01.07.12).

suivante : le fournisseur de contenu a-t-il tenté de faire monnayer les visites émanant de la juridiction examinée ?¹⁰³⁴

1082. En matière de diffamation, cet indice aura une importance particulière, car souvent, les sites proposent gratuitement la consultation de leurs nouvelles ou de leurs articles. C'est par la présence de publicités y liées que ces fournisseurs de contenu obtiennent un revenu. Dans ce contexte, plusieurs facteurs pourront être déterminants : le plus convaincant sera l'existence d'une structure publicitaire ciblée, utilisant des techniques de géolocalisation positive permettant d'afficher des publicités différentes selon le pays d'appel. On se rappellera des faits de l'affaire *Yahoo !*, dans lequel le site prétendument américain de la firme servait des publicités en français et ciblée pour les goûts français lorsque consulté depuis cet État.¹⁰³⁵ Ce fait fut suffisant pour convaincre le juge que non seulement la société Yahoo ! avait les moyens de reconnaître et de trier ses visiteurs, mais aussi qu'elle tirait volontairement un revenu constant de cette juridiction. En accord avec cette jurisprudence, nous estimons qu'un tel schéma sera un signe fort de *targeting*.

1083. Dans un degré moindre, une analyse des publicités elles-mêmes peut se révéler utile. Les annonceurs sont-ils des entreprises locales, émanant de la même région ou du même état ? Le site dispose-t-il d'un réseau de partenaires, et, si oui, est-il centré sur une juridiction précise ? A titre d'exemple, nous pouvons mentionner le site de la version en ligne du journal valaisan *Le Nouvelliste*¹⁰³⁶ : même accédé depuis la France, il affiche des publicités pour des entreprises valaisannes, ou, tout au plus, suisses.¹⁰³⁷ Cela nous permet de penser que ce site est conçu pour accueillir et intéresser un public principalement suisse.

d) Activité commerciale extérieure

1084. Bien que l'on parle ici de délits commis par Internet, il ne faut pas pour autant négliger le poids des indices se trouvant dans le monde physique. En matière commerciale, il sera donc tout à fait pertinent de savoir si le défendeur a entrepris tout autre effort afin de toucher la juridiction examinée. Par exemple, a-t-il déjà apporté de la publicité en ce lieu ? Y dispose-t-il de bureaux, d'offices ou de branches ? L'adresse de son site a-t-elle été volontairement communiquée au public de cette juridiction ? Des contrats y ont-ils déjà été conclus, sans l'aide de la plateforme réseau ? Au fond, ce volet de notre *targeting test* consiste en une analyse classique de la présence commerciale générale de l'une des parties. Mais elle reste pertinente, car si le défendeur exploite déjà une activité commerciale en lien avec son

¹⁰³⁴ YULIA A. TIMOFEEVA, *Worldwide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰³⁵ Voir *supra* p. 146.

¹⁰³⁶ <<http://www.lenouvelliste.ch>> (dernière visite le 01.07.12).

¹⁰³⁷ Test effectué à partir d'une IP parisienne, en date du 24.01.11. Le site a affiché des publicités pour *Travel.ch*, pour *Swisscom.ch* et pour une entreprise valaisanne de décoration. Des publicités pour *Airfrance* ou *Fleuropes* peuvent survenir, mais elles traitent d'offres disponibles pour le public suisse, avec par exemple, des offres de billets d'avion au départ de Genève.

site au sein de la juridiction du for, ou qu'il en tire déjà un revenu, la réalité d'une atteinte en ce lieu lui sera d'autant plus prévisible.

1085. Dans notre domaine, si l'on se trouve face à l'édition en ligne d'un journal, il sera pertinent de faire usage des chiffres de sa distribution physique. Cela permettra au juge d'avoir une bonne idée du public habituellement intéressé par son contenu. Cela dit, le site en question peut également être utilisé par son exploitant pour toucher à moindre coût un public supplémentaire, situé en dehors de sa zone géographique de pénétration physique. Cet indice doit donc également être considéré avec retenue, à la lumière des autres éléments identifiés par le *targeting test*.¹⁰³⁸

5) Indices propres à la diffamation

1086. Le troisième pan de notre discussion sur le *targeting test* nous amène à nous demander quels sont les éléments propres à la diffamation, qui peuvent influencer sur la prévisibilité d'une atteinte commise par le réseau. Deux éléments nous intéresseront ici : nous nous poserons d'abord la question de l'importance de la réputation du demandeur dans la juridiction d'examen. Ensuite, nous discuterons de la valeur des termes contenus dans le texte diffamatoire lui-même en tant qu'indice de sa possible destination.

a) Etendue de la réputation de la victime

1087. La diffamation, en tant qu'acte illicite, se manifeste par une atteinte à la réputation de la victime dans un lieu donné. Or, la réputation d'une personne ne se répartit pas dans tous les États avec la même intensité. Souvent, elle se centrera sur sa résidence habituelle, là où elle vit, dispose d'un entourage social, et là où elle déploie la partie majeure de son activité. À côté de ce point névralgique, il y aura d'autres États où elle sera connue, mais avec moins d'envergure. Enfin, elle sera inconnue dans encore d'autres États.¹⁰³⁹ Cette mosaïque réputationnelle permet de saisir la répartition géographique de l'atteinte subie par la victime, et de ce fait de qualifier la proximité avec le litige de chacun des lieux où touchés par la communication. Il n'est pas contestable qu'un tribunal situé dans le for naturel de la victime sera plus proche de la substance du dommage qu'un tribunal situé dans un lieu dans lequel elle n'entretient que des liens ténus et passagers ; d'ailleurs dans ce second cas de figure, la question d'un possible *forum shopping* se devra d'être soulevée.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁸ En ce sens, PATRICK J. BORCHERS, *Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction*, 98 Nw. U. L. Rev. (2004), p. 473ss, spec. p. 490.

¹⁰³⁹ Rejoignant cette conception, voir la doctrine suisse discutée et citée en *supra* p. 176-177. Voir également la notion de "centre des activités" développé et employé par la Cour de Justice dans l'arrêt *eDate*, décrite en *supra* p. 197ss.

¹⁰⁴⁰ En ce sens, voir ROBERT J. CONDLIN, « Defendant Veto » or « Totality of the circumstances » ? It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again, *op. cit.*, p. 143; MICHAEL A. GEIST, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 1402.

1088. A ce stade de notre discussion, une interrogation primordiale se doit d'être soulevée. Dans notre reformulation de *targeting test*, quelle importance donner au lieu de la résidence habituelle de la victime ? Faut-il estimer que la prééminence de la résidence habituelle de la victime dans sa construction sociale focalise l'entier de l'atteinte réputationnelle en ce lieu ? En d'autres termes, faut-il considérer que ce lieu est, pour le fournisseur de contenu, le seul dans lequel une atteinte grave à la réputation est prévisible ? Nous répondrons dans la négative, pour trois raisons. Premièrement, la mobilité croissante des personnes, ainsi que la globalisation de l'information fait qu'il existe de plus en plus de personnes disposant d'une réputation internationale, susceptible d'être atteinte dans une pluralité d'États. Lorsque cela est le cas, il nous apparaît comme trop simpliste de nier la compétence des tribunaux situés en ces lieux au motif que l'atteinte principale ne peut que se trouver au lieu de la résidence habituelle. Deuxièmement, il ne faut pas non plus ignorer qu'une atteinte à la réputation amenée dans un État dans lequel la victime dispose d'une réputation moindre porte quand même le risque de péjorer le statut de cette personne dans les yeux du public en question.¹⁰⁴¹ Enfin, il faut songer aux critiques adressées à l'encontre du *targeting test*, qui considèrent que ce dernier contient le risque de restreindre sans raisons l'accès aux tribunaux situés dans des États pourtant touchés par une partie substantielle du dommage.¹⁰⁴²

1089. Suivant cette ligne de réflexion, nous estimons qu'il ne faut appréhender la répartition géographique de la réputation de la victime qu'avec un certain pragmatisme : certes, il faut respecter la prévisibilité des fors compétents et prévenir au *forum shopping*. Mais il ne faut pas pour autant se fixer impérieusement sur la résidence habituelle de la victime, au risque de restreindre trop lourdement l'accès judiciaire prévu par la compétence au lieu du dommage et d'ainsi la vider de son sens. Ainsi, pour notre *targeting test*, nous proposons de donner à cet indice une valeur probante différenciée selon le for requis par le demandeur. Il sera probant en tant qu'un indice positif, lorsque le demandeur s'est adressé à un for dans lequel il entretient des liens étroits. Il sera moins dans son emploi négatif, lorsque ces liens seront moins évidents. Les deux branches de notre conception méritent chacune quelques éclaircissements.

1090. Lorsque le demandeur porte son affaire auprès des tribunaux de sa résidence habituelle, ce choix juridictionnel se doit généralement d'être respecté. Une telle appropriation de la compétence est justifiée dans la plupart des cas, car elle est proche de la substance du dommage subi, et ne traduit pas la volonté de procéder à un *forum shopping*. Elle n'est pas non plus imprévisible pour le défendeur, car ce dernier doit s'attendre à provoquer un impact certain en ce lieu central pour l'activité et la vie sociale de la victime. La compétence de ce lieu ne devrait donc être rejetée que si les autres éléments du *targeting test* montrent de façon déterminante que le dommage n'a pas été matérialisé en ce lieu. Par exemple, si le site n'est pas dans une langue compréhensible dans cette juridiction ; s'il n'a, dans les faits, pas été consulté

¹⁰⁴¹ Voir aussi notre discussion en *supra* p. 265.

¹⁰⁴² Voir *supra* p. 281.

par les internautes qui y résident, ou par un nombre de visiteurs ne dépassant pas la dizaine ; ou encore si son auteur a tenté de bonne foi de filtrer de façon étendue ses visiteurs pour y exclure ce lieu. En bref, sauf à démontrer que ce lieu n'a pas été touché par l'acte diffamatoire, nous estimons que les portes du tribunal du juge naturel de la victime devraient lui être largement ouvertes.

1091. La question sera plus délicate lorsque la victime s'adresse à un tribunal dans un lieu qui lui est éloigné, ou dans lequel elle n'entretient pas de liens durables. D'un côté, ce type de demande peut traduire l'emploi du *forum shopping*, d'autant plus si elle est dirigée vers un État dont les règles de conflit amènent à l'application d'un droit de fond lui étant favorable. De l'autre, il ne faut pas non plus nier qu'un article diffamatoire disponible et compréhensible dans cet État peut quand bien même avoir pu causer un dommage suffisant à sa réputation pour justifier l'exercice de la compétence. Ce type de demande ne doit pas forcément être rejeté, mais il partira avec un a priori négatif dont le poids pourra varier selon l'ampleur des soupçons de *forum shopping* permis par les circonstances de l'espèce. Il appartiendra ensuite au juge d'analyser en détail les autres éléments du *targeting test* pour voir si une atteinte substantielle en ce lieu n'aurait pas quand même été objectivement prévisible pour le défendeur, et si celle-ci est suffisamment convaincante pour défaire l'impression négative entourant la demande.

b) Contenu matériel de la diffamation

1092. Au-delà de la structure générale site du défendeur, qui peut nous aiguiller sur son impact géographique possible, on peut s'interroger s'il est pertinent de prendre en compte les termes contenus dans l'article litigieux lui-même. Cette réflexion nous vient de la jurisprudence américaine, où l'arrêt *Young* a posé le principe dit de la focalisation expresse des termes trouvés dans le texte portant directement atteinte à la victime.

1093. L'idée a de quoi séduire, car tout article, et toute dispute y relative, dispose d'un cadre et d'un contexte spécifiques, qui pourraient aiguiller le juge au sujet de leur impact géographique prévisible. A l'appui de ce critère, nous mentionnerons les arrêts *Gutnick v. Dow Jones* et *Young v. New Haven*. Dans *Gutnick*, il était vraisemblable que l'article diffamatoire, qui parlait de l'activité financière australienne du demandeur, avait de quoi intéresser le public de l'État australien de Victoria et avait le potentiel d'y créer une atteinte prévisible.¹⁰⁴³ Dans *Young*, il était pareillement prévisible qu'un article parlant d'un résident virginien dans le cadre de son activité de gardien d'une prison virginienne puisse créer un impact en cet État.¹⁰⁴⁴

1094. Bien que raisonnable en surface, ce type de réflexion se heurte à deux objections. Premièrement, un article diffamatoire a le potentiel d'impacter la réputation de sa victime partout où il est lu et compris, et ce, quelles que soient ses

¹⁰⁴³ Voir nos conclusions à ce sujet en *supra* p. 65.

¹⁰⁴⁴ Voir p. ex. l'interprétation de la cour inférieure dans cette affaire, en *supra* p. 123.

mentions géographiques.¹⁰⁴⁵ Imaginons un article publié sur un site consultable depuis toute l'Europe et accusant à tort une personnalité suisse, mais connue internationalement, de comportements déviants s'étant produits en Suisse. Ce texte aura le potentiel de diffamer la victime à l'échelle européenne, malgré la mention d'une problématique centrée sur la Suisse. En réalité, cette mention de la Suisse n'a pas vraiment de rapport avec le risque prévisible de son impact dommageable, ce dernier étant présent du moment que le site est disponible dans les diverses langues européennes, qu'il est référencé, qu'il est largement accédé depuis ces pays, et qu'il n'y est pas filtré. Ce sont effectivement les autres critères de destination pris en compte dans notre *targeting test* qui permettent de déceler le positionnement géographique d'un écrit sur Internet, et non la simple mention de tel ou tel pays. Deuxièmement, ce type d'indice risque trop facilement de faire glisser les praticiens sur une analyse subjective de la volonté de l'auteur de l'article. L'arrêt *Young v. New Haven* lui-même en est la preuve tangible : plutôt que de se concentrer sur la mention de l'activité de la victime en Virginie, la cour chargée de l'affaire a procédé à une interprétation inversée de l'article et considéra que celui-ci ne traitait que d'une problématique entièrement liée au Massachusetts. Nous avons déjà eu l'occasion de nous prononcer, et de rejeter, une telle approche subjective, néfaste tant pour la prévisibilité que la stabilité de notre test.¹⁰⁴⁶

1095. S'il peut se révéler utile selon les situations, l'indice du contenu matériel de l'article diffamatoire se doit donc d'être approché avec réserve, et devra être contrasté avec les autres éléments du *targeting test*.

6) *Conclusion : un modèle de targeting test consolidé*

1096. En prenant en compte tous les développements qui précèdent, voici une version résumée et consolidée de notre *targeting test* idéal, modelé pour la diffamation. Sa structure est fortement inspirée du modèle de l'OMPI, mais en est adaptée pour répondre aux besoins de notre matière. Les éléments qui se recoupent entièrement avec ceux du modèle de cette institution ont été directement repris de ce texte.

- 1) En matière de diffamation commise par Internet, le terme « lieu du dommage » correspond à tout État dans lequel le texte diffamatoire a été dirigé de façon objective.
- 2) Pour déterminer si le texte diffamatoire a été dirigé de façon objective dans un État, l'autorité compétente prendra notamment en considération les éléments suivants :
 - a) Si le texte diffamatoire a été consulté par des internautes se trouvant dans cet État.

¹⁰⁴⁵ Dans ce sens, voir ROBERT J. CONDLIN, « Defendant Veto » or « Totality of the circumstances » ? It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again, *op. cit.*, p. 143-144.

¹⁰⁴⁶ Voir *supra* p. 293-294.

- b) Si le texte diffamatoire, ainsi que son site associé, sont rédigés dans une langue comprise dans cet État.
 - c) Si le texte diffamatoire, ainsi que son site associé, est accessible aux Internautes se trouvant dans cet État par l'emploi de moteurs de recherches locaux.
 - d) Si le texte diffamatoire est lié à un nom de domaine enregistré dans un domaine de premier niveau qui est le code de pays de cet État selon la norme ISO 3166;
 - e) Si le texte diffamatoire, ainsi que son site associé, ont été l'objet d'un effort proportionné de filtrage en vue d'exclure l'accès aux internautes se trouvant dans cet État.
 - f) Si le texte diffamatoire mentionne expressément une problématique d'intérêt notoire pour le public du lieu du for.
- 3) Lorsque le texte diffamatoire, ainsi que son site associé, est employé à des fins commerciales, l'autorité compétente prendra en considération le niveau et la nature de l'activité commerciale dirigée en cet État. Elle prendra notamment en considération :
- a) Si le site associé au texte diffamatoire dispose d'offres de consultation payantes d'articles, d'offres d'inscriptions de consultation gratuites d'articles, d'abonnements, ou d'autres biens ou services, dirigées à l'attention des Internautes de cet État.
 - b) Si le site associé au texte diffamatoire monnaie par d'autres moyens les visites des Internautes émanant de cet État; notamment par le moyen de publicités ciblées.
 - c) Si l'utilisateur du site associé au texte diffamatoire a autrement dirigé son activité commerciale en direction de cet État, notamment par la distribution physique du texte diffamatoire.
- 4) Une atteinte diffamatoire commise par Internet est considérée comme prévisible dans l'État de la résidence habituelle de la victime, du moment qu'elle est rédigée dans une langue courante de cet État, et qu'elle a été consultée par des internautes se trouvant dans cet État.
- 5) Les facteurs énumérés ci-dessus, qui sont des indications visant à aider l'autorité compétente à déterminer si l'utilisation d'un signe a eu des incidences commerciales dans un État membre, ne sont pas des conditions prédéfinies permettant de parvenir à une conclusion. La conclusion dépendra des circonstances de l'espèce. Dans certains cas, tous ces facteurs pourront être pertinents, dans d'autres, certains d'entre eux pourront l'être. Dans d'autres encore, aucun des facteurs mentionnés ne sera pertinent et la décision pourra être fondée sur d'autres facteurs qui ne sont pas énumérés aux alinéas 2) et 3) ci-dessus. Ces autres facteurs pourront être pertinents en soi ou en association avec un ou plusieurs des facteurs énumérés aux alinéas 2) et 3) ci-dessus.

1097. Notre modèle a plusieurs qualités.

- En se focalisant sur l'unique prévisibilité objective de l'atteinte, il ne mentionne pas de façon notable l'intention du propriétaire du site. Il se fonde sur des critères objectifs et observables sans amener à une interprétation subjective de la part du juge.
- Il est adapté aux diverses situations que peut engendrer le problème de la diffamation par Internet. En établissant une articulation entre les critères généraux et les critères commerciaux, il conserve la précision liée à l'analyse des sites commerciaux, tout en établissant des critères neutres qui serviront lors de l'analyse de sites non-commerciaux. Adapté à la diffamation, il pourra sans doute être transposé aux atteintes à la réputation en général.
- Il permet aussi d'introduire le critère de la géolocalisation et du filtrage technique, qui sont absents du test de l'OMPI et qui ne sont que peu employés par la jurisprudence actuelle.
- Grâce à son alinéa 4, il reconnaît le besoin qu'a une victime d'avoir un accès à un juge proche du centre de ses activités, du moment que l'atteinte a été ressentie en ce lieu. Cet alinéa fait en sorte que le test complet ne s'effectuera que dans des cas de possible *forum shopping*, là où il aura véritablement raison d'être.
- Son application par les juges ne sera sans doute pas trop encombrante : étant de nature unilatérale, ce test ne les amènera qu'à examiner une relation unique et concrète entre leur propre juridiction, qu'ils connaissent bien, et les caractéristiques du site.
- Elle est proche des *targeting tests* émergeant dans la jurisprudence actuelle, et, nonobstant certaines différences de détail, est compatible avec la récente définition de ce test par la CJUE.

1098. Il n'est pas pour autant dénué de points faibles. Son alinéa 5) reprend *mutatis mutandis* la clause niant le caractère exhaustif des critères analytiques et permet au juge de prendre en compte toutes les circonstances factuelles utiles. Il nous semble important de maintenir une telle clause, afin d'éviter de créer un test trop rigide et afin de lui permettre de s'adapter aux évolutions techniques d'Internet. De plus, s'agissant d'un test *ad-hoc*, il nous semble difficile d'évacuer toute forme de malléabilité et d'interprétation lors de son utilisation judiciaire. Nous estimons cependant que les bases de notre test, soit les critères que nous avons exposés ci-dessus, sont suffisamment stables pour permettre son emploi cohérent au travers d'une multitude de situations.

1099. Au-delà de son utilité directe, nous espérons que ce modèle sera commenté et critiqué, de façon à lancer un débat sur chacune de ses parties structurelles, ainsi que sur la typologie que nous avons dressée dans ces lignes. Cette discussion nous permettra de dépasser l'emploi de terminologies floues telles que « l'activité dirigée » ou la « focalisation » pour nous pencher sur la réelle mécanique d'un concept juridique encore naissant.

F) Étendue des dommages

1100. Notre modèle de solution étant délimité, il nous reste à traiter un dernier aspect touchant à la compétence trouvée au lieu du résultat de l'atteinte. Faut-il conserver le principe de la mosaïque de *Shevill*, qui force le demandeur à se limiter aux dommages locaux lorsqu'il se fonde sur ce chef, ou devrait-on lui permettre de réclamer une réparation entière ? Au cours de notre étude, nous avons vu que cette question était encore sujette à controverse.¹⁰⁴⁷

1101. Dans l'absolu, il serait préférable d'abandonner le principe de la mosaïque. Cela permettrait d'éviter le fractionnement de la compétence, de limiter les risques de décisions contraires, ainsi que de freiner les pratiques de harcèlement via des procédures multiples. En outre, cela permettrait de régler en un lieu unique tous les effets liés à une publication d'envergure internationale, ce qui serait la bienvenue du point de vue de l'économie de procédure. Enfin, les deux parties bénéficieraient de cette solution, car elle leur permettrait de régler en une procédure unique tous les aspects internationaux tournant autour de leur dispute.¹⁰⁴⁸

1102. Mais si l'abandon du principe de la mosaïque est désirable en théorie, celui-ci ne devrait pas se faire à la légère. Un tel changement de paradigme comporte un danger de promotion du *forum shopping* ; car malgré ses défauts, ce principe garde une fonction de frein à l'exercice de cette pratique : il amène le demandeur à se concentrer uniquement sur les lieux dans lesquels la procédure lui sera financièrement intéressante, soit ceux qui seront les plus touchés par sa publication. Si la victime désire traiter en un lieu unique de tous les dommages liés à celle-ci, il lui faudra s'adresser au for situé au lieu de l'établissement du défendeur, qui est lui un chef de compétence plus stable.¹⁰⁴⁹ Ce schéma fait que le *forum shopping* est aujourd'hui principalement réservé aux demandeurs ayant les moyens financiers leur permettant de lancer des poursuites « à perte » dans des fors peu touchés par le

¹⁰⁴⁷ Voir *supra* p. 236.

¹⁰⁴⁸ En ce sens, voir FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *op. cit.*, p. 80-83; BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, *op. cit.*, p. 454; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, I.C.L.Q. 2010, 59(1), p. 25ss, spec. p. 37; THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 84-85; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, Mondialisation de la communication – mondialisation des litiges ?, *op. cit.*, p. 114; DOUGLAS W. VICK / LINDA MACPHERSON, Anglicizing Defamation Law in the European Union, 36 Va. J. Int'l L. (1996), p. 933ss, spec. p. 985-988; ANGELA MILLS WADE, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium.

¹⁰⁴⁹ Défendant l'utilité du fractionnement comme arme contre le *forum shopping*, OREN BIGOS, Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet, 54 Int'l & Comp. L. Q. (2005), p. 585ss, spec. p. 610-611 et 613; BERNHARD MAIER, How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?, 18 Int'l J. L. & Info. Tech. (2010), p. 142ss, spec. p. 150-151 et 154-156; PETER MANKOWSKI, in : ULRICH MAGNUS / PETER MANKOWSKI (eds.), European Commentaries on Private International Law : Brussels I Regulation, *op. cit.*, p. 193-194.- Certains auteurs estiment cependant que le principe de la mosaïque n'est pas un frein utile contre le *forum shopping*, voir LAURENCE USUNIER, Note sur l'arrêt Delticom AG c. Sté Pneu Online Suisse, JDI 3 (2010), p. 870ss, spec. p. 883; DOUGLAS W. VICK / LINDA MACPHERSON, Anglicizing Defamation Law in the European Union, *op. cit.*, p. 987. Plus pragmatique, voir également DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 360-361. Cet auteur reconnaît les dangers de *forum shopping* apportés par un abandon du fractionnement du dommage, et propose dans son modèle de ne permettre à un tribunal de ne traiter du dommage intégral que si les deux parties s'accordent sur ce point lors de la procédure.

dommage. Cela se vérifie dans la pratique, les *forum shoppers* rencontrés dans ce travail ne se soucient guère de la compensation monétaire offerte par leur action judiciaire, ni des possibilités d'exécution des jugements obtenus.¹⁰⁵⁰

1103. C'est pourquoi nous proposons d'abandonner le principe de la mosaïque seulement lorsque le droit international privé ayant trait à notre matière se sera stabilisé de façon satisfaisante. Pour le moment, il faut reconnaître que les raisons et les moyens de procéder au *forum shopping* sont encore trop nombreux : au niveau de la compétence, les coûts procéduraux et la distance du for étranger peuvent servir pour frustrer le défendeur. Au niveau du droit applicable, la fragmentation des règles de conflit en matière d'atteintes à la personnalité fait qu'il y aura toujours un intérêt pour les victimes à sélectionner le for avec soin. Imaginons que l'on permettait aux tribunaux, par exemple anglais, de combiner le large exercice de la compétence permis par le critère de l'accessibilité à un traitement de l'entier des dommages internationaux, il ne serait pas surprenant de voir le *forum shopping* plébiscité par un nombre croissant de demandeurs.

1104. En résumé, l'abandon du fractionnement de *Shevill*, bien que désirable en soi, ne devrait se faire que lorsque les solutions en matière d'Internet, tant au niveau du test juridictionnel à appliquer qu'à celui des conflits de lois, seront satisfaisantes et aptes à être appliquées de manière uniforme sur le plan international. La jurisprudence européenne ne semble, d'ailleurs, pas encore disposée à faire ce pas, ce principe ayant été confirmé dans le récent arrêt *eDate*.¹⁰⁵¹

§ IV. Autres solutions

1105. L'une des conclusions majeures de notre étude est le maintien des solutions juridiques traditionnelles, même avec l'arrivée d'Internet. Ceci fut le moteur des développements trouvés dans la section précédente, qui avait pour but non pas de changer les règles de compétence mais de les adapter, par l'inclusion d'un *targeting test*, afin de mieux faire face aux nouveaux défis posés par le réseau. Dans notre mise en commun, nous avons cependant relevé que des solutions plus ambitieuses avaient été énoncées. L'idée derrière celles-ci est que les dommages commis via le réseau seraient mieux appréciées par un tribunal unique qui siègerait dans un lieu fixe et prévisible. De cela découlent deux éléments : d'abord, un regroupement des dommages internationaux ; ensuite, la désignation d'un nouveau point de rattachement, spécialement développé pour épouser les contours de notre problématique.

1106. Jusqu'à fin 2011, tout laissait à penser que ce type de réflexion n'avait pas trouvé écho dans la jurisprudence.¹⁰⁵² Ceci fut bouleversé par la décision *eDate*, dans

¹⁰⁵⁰ Voir l'exemple de M. MAHFOUZ, en *supra* p. 1ss.

¹⁰⁵¹ Voir *supra* p. 198.

¹⁰⁵² Voir les conclusions de notre étude en ce sens, en *supra* p. 237. Ayant également constaté cette tendance avant l'arrivée de *eDate*, voir LILLIAN EDWARDS, *The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the*

lequel la CJUE plaça un for compétent pour l'entier du dommage au lieu de l'activité principale de la victime. Ce chapitre aura donc une fonction double : il critiquera en premier lieu les solutions doctrinales éloignées du schéma de *Shevill*, et commentera cet aspect surprenant de la nouvelle jurisprudence communautaire.

A) *Lieu de situation du serveur*

1107. Dans l'affaire *Dow Jones v. Gutnick*, la société défenderesse avança l'idée d'une publication unique qui se trouverait située au lieu de situation des serveurs physiques hébergeant le contenu litigieux. Selon elle, cette solution avait l'avantage de protéger adéquatement les intérêts des éditeurs présents sur Internet, et de concentrer les litiges possibles en un point unique et prévisible.¹⁰⁵³

1108. Deux arguments militent pour un rejet net de cette proposition.¹⁰⁵⁴ Tout d'abord, le lieu de l'hébergement d'un site n'est qu'une donnée purement technique, qui n'a pas de rapport direct avec son activité ou avec son possible impact géographique.¹⁰⁵⁵ Cette solution reviendrait alors à placer un for unique en un lieu arbitraire, détaché de tout rapport avec la réalité du dommage commis. Elle reviendrait également à nier au demandeur la possibilité de porter de bonne foi son litige là où sa réputation a été atteinte. De plus, cette solution est trop aisément manipulable pour les propriétaires de sites Internet. Il leur suffira de placer leurs serveurs dans une juridiction qui leur est favorable, comme par exemple les États-Unis, pour échapper aux responsabilités découlant de la disponibilité mondiale de leur contenu. Laissant le choix d'une compétence unique aux seules mains de l'une des parties du litige, cette conception est bien trop déséquilibrée pour être viable.

B) *Lieu du domicile ou de la résidence habituelle du demandeur*

1109. Plusieurs auteurs ont proposé de placer un for dans l'État du domicile ou, selon les propositions, de la résidence habituelle du demandeur. L'idée derrière cette solution est que, lorsqu'une diffamation touche plusieurs États, la victime subira la part majeure de l'atteinte en ce lieu, qui est souvent celui où elle vit, travaille, et dispose du noyau dur de sa vie sociale. Il serait donc approprié d'y placer le tribunal compétent pour traiter de l'entier des dommages subis internationalement.

1110. C'est cette solution qui a été adoptée par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'arrêt *eDate*. En plaçant un for au lieu du « *centre des intérêts* » de la

Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?, 8 (1) Edin. L.R. (2005), p. 99ss, spec. p. 110-11.

¹⁰⁵³ Voir *supra* p. 61-62.

¹⁰⁵⁴ Rejoignant ces arguments, voir ERIC BARENDT, Jurisdiction in Internet Libel Cases, *op. cit.*, p. 733-734; ABBEY L. MANSFELD, Cyber-Labeling the Glitterati: Protecting the First Amendment For Internet Speech, 9 Vand. J. Ent. & Tech. L. (2007), p. 897ss, spec. p. 913-914; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 291; MICHELLE A. WYANT, Confronting the Limits of the First Amendment : A Proactive Approach for Media Defendants Facing Liability Abroad, 9 San Diego Int'l L. J. (2008), p. 367, spec. p. 400. Voir également ceux avancés par les juges de l'affaire *Gutnick*, que nous avons détaillés en *supra* p. 65.

¹⁰⁵⁵ Voir notre explication au sujet du rôle des serveurs au sein de la publication par Internet, en *supra* p. 17ss.

victime, elle donne effectivement la compétence au lieu où celle-ci est la plus connue et où elle déploie la majeure partie de ses activités. Par rapport aux propositions lues dans la doctrine, cette solution s'en distingue cependant sur deux points. Premièrement, elle est moins rigide, car le « *centre des intérêts* » peut se situer dans un autre État que celui du domicile ou de la résidence habituelle si les faits plaident en ce sens. Deuxièmement, ce for n'est pas « unique », dans le sens où n'est qu'un for alternatif à ceux dégagés de la jurisprudence *Shevill*, qui restent pleinement applicables aux délits commis par Internet.¹⁰⁵⁶

1111. Cette solution n'est pas sans qualités. Elle est simple à employer, et ne se préoccupe pas de notions floues telles que dans le *targeting test*. Elle permet à la victime de se défendre chez elle, ce qui respecte le principe de proximité ; elle n'est pas non plus imprévisible pour le défendeur, qui n'aura qu'à identifier ce lieu lors de l'écriture de son article pour avoir une bonne idée des fors compétents. Enfin, lorsqu'elle intervient en tant que désignant un for unique, elle évite les complications dues au fractionnement trouvé dans *Shevill*, et permet de régler l'entier du litige international en une seule procédure.¹⁰⁵⁷

1112. Cependant, nous estimons que cette solution ne prend pas suffisamment en compte la répartition géographique effective du dommage, et qu'elle se révélera comme particulièrement inappropriée lorsque le lieu du centre de vie de la victime n'est pas concerné par la publication litigieuse. Imaginons le cas d'un site polonais, rédigé dans cette langue et s'adressant principalement à un public local. Dans sa rubrique sports, il publie un article portant atteinte à la personnalité du tennisman suisse Roger Federer. Si l'on suit *eDate*, un for sera ouvert en Suisse, lieu du centre des activités de l'athlète, alors qu'il est vraisemblable que le site n'ait été consulté qu'une poignée de fois en ce lieu. Pire : ce for en Suisse sera disponible même si l'exploitant du site polonais utilise des techniques de géolocalisation pour exclure l'accès aux lecteurs helvétiques ; cela sera le cas même s'il parvient à prouver qu'aucun lecteur suisse n'a accédé au document litigieux. En bref, cette solution permet de placer un for dans un lieu qui n'a été touché ni par l'acte de publication, ni par les actes de consultation de la part du public.

1113. Ce manque de considération pour le dommage effectif difficilement conciliable avec l'exigence de l'art. 5.3 d'un for placé au lieu « où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire », ainsi qu'avec la prohibition généralisée du *forum actoris*. De plus, la prévisibilité vis-à-vis du défendeur fait quand bien même défaut, car il pourra être attiré dans un État dans lequel il peut avoir pris des mesures afin d'éviter d'y provoquer un dommage. Enfin, ce schéma risque de décourager les efforts de géolocalisation consentis par les fournisseurs de contenu professionnels,

¹⁰⁵⁶ Voir notre présentation de l'arrêt *eDate* en supra p. 193ss.

¹⁰⁵⁷ LILIAN EDWARDS, *The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?*, *op. cit.*, p. 110; HELENE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, par. 218; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *Mondialisation de la communication – mondialisation des litiges ?*, *op. cit.*, p. 117-118; DAN JERKER B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 291.

car désormais la victime disposera toujours d'un for proche d'elle, sans considération de l'emploi de ces dispositifs d'évitement juridictionnel. Pour ces trois raisons, nous rejetons cette solution, et regrettons donc le nouveau chef de compétence établi par l'arrêt *eDate*.¹⁰⁵⁸

C) *Lieu du point focal du dommage*

1114. Une proposition similaire, et populaire notamment auprès des auteurs Suisses,¹⁰⁵⁹ tend à placer le for au lieu du point focal du dommage, qui sera présumé se trouver dans l'État du domicile ou, de la résidence habituelle de la victime. Cette adaptation permet d'élire un tribunal plus approprié lorsque la publication ne touche pas ce dernier lieu, et comble donc la carence du modèle précédent.¹⁰⁶⁰ Cette solution a de puissants arguments en sa faveur : elle est unique, généralement prévisible, et donne un for de proximité au demandeur sans pour autant négliger la prévisibilité due au fournisseur de contenu. Mais deux objections pourront lui être opposées.

1115. Notre première objection tient à la difficulté de déterminer quel est ce « point focal du dommage », lorsque la résidence habituelle de la victime n'est pas touchée par la communication. On peut songer à s'aider des critères formant notre modèle de *targeting test*. Mais ce dernier, de nature unilatérale et tendant à ne qualifier qu'une relation unique entre un site et un lieu précis, n'est pas entièrement adapté à une recherche multilatérale visant à déterminer le for le plus approprié. Des difficultés supplémentaires seront donc inévitables ; nous en mentionnerons deux. En premier lieu, il sera ardu pour un juge de correctement interpréter les goûts et les envies du public situé dans un États étranger, ce qui rendra la détermination d'un éventuel « public cible » plutôt difficile. En second lieu, il lui sera également difficile de départager certains États qui peuvent être simultanément visés par l'activité du défendeur : que faire d'un site, rédigé en français, et lu tant en France qu'au Québec ? Et que faire d'un site anglophone, consulté largement aux États-Unis, en Angleterre et en Australie ? Le juge compétent devra-t-il considérer les relations avec chacun de ces États ? Et s'il n'est pas familier avec l'un d'entre eux ? Notre *targeting test* résout ces exemples en considérant séparément les liens de chacune de ces juridictions concurrentes. Mais la recherche d'un point focal nécessite de trancher entre celles-ci et de désigner un lieu unique.

1116. Notre seconde objection nous amène à prendre un peu de recul face à cette solution, et d'en considérer la nature théorique. Il est vrai qu'un tribunal compétent se doit d'avoir une certaine proximité et une certaine prévisibilité au vu des

¹⁰⁵⁸ ABBEY L. MANSFELD, *Cyber-Libeling the Glitterati: Protecting the First Amendment For Internet Speech*, *op. cit.*, p. 915. Rejetant également la concentration en ce lieu, voir THOMAS KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, *op. cit.*, p. 83 (*note de plus que ce lieu n'est pas toujours facilement connu de l'éditeur*).

¹⁰⁵⁹ Voir *supra* p. 176-177 et auteurs y cités.

¹⁰⁶⁰ En ce sens, voir ABBEY L. MANSFELD, *Cyber-Libeling the Glitterati: Protecting the First Amendment For Internet Speech*, *op. cit.*, p. 989; DOUGLAS W. VICK / LINDA MACPHERSON, *Anglicizing Defamation Law in the European Union*, *op. cit.*, p. 964.

circonstances du litige. Ce sont ces préoccupations, ainsi que le besoin d'éviter le danger identifié de *forum shopping*, qui nous ont amené à développer notre modèle de *targeting test* venant qualifier la prise classique de compétence. Celui-ci donne certes préférence au for naturel du demandeur, mais n'oublie pas la nécessité de laisser des fors ouverts dans d'autres lieux touchés par l'acte illicite et disposant d'une certaine proximité avec le litige. Elle respecte de plus le besoin endémique qu'à un juge de connaître d'une atteinte à la personnalité commise au sein de ses frontières, du moment que la prévisibilité de la partie défenderesse est prouvée. Mais il nous semble inapproprié d'aller plus loin, et de restreindre l'accès judiciaire à un lieu disposant des liens les plus étroits avec le litige. En réalité, cette solution traduit des considérations axées sur la détermination subséquente du droit applicable, et s'écarte peut-être un peu trop du débat tournant autour de la compétence. Nous admettons que la différence entre ces deux domaines est difficile à cerner dans notre matière, et que l'on pourrait transposer certaines solutions de l'un à l'autre. Mais cette proposition fait un pas supplémentaire, que nous ne condamnerons pas derechef, mais qui devrait être mûrement réfléchi avant d'être adopté. A cet effet, il est significatif que souligner que le modèle discuté ici se retrouve en substance dans le *Second Restatement of Conflicts of Laws* américain, mais en tant que solution de droit applicable, la compétence restant régie par un critère de destination soumis à l'exigence des *minimum contacts*.

Section II Droit Applicable

§ I. Introduction

1117. Suite aux conclusions de notre étude sur les règles de conflit appliquées à la diffamation par Internet, il nous est présentement impossible de discerner des tendances, ou des convergences claires. La pratique judiciaire reste sibylline, et les efforts communautaires déployés pour harmoniser ce pan du droit restent pour le moment sans succès, nonobstant la récente tentative du Parlement Européen.

1118. Cette section, plutôt que de développer *in abstracto* une solution unique, aura pour but de présenter diverses propositions, et de rapidement situer leurs points forts et leurs points faibles lorsque transposés à notre problématique. Nous discuterons de plusieurs points de rattachement différents, puis analyserons deux exceptions, celle du domicile commun et celle des liens les plus étroits. Cette section aura aussi la vocation de se situer dans le prolongement des débats lancés autour de l'inclusion des atteintes à la vie privée au sein du règlement Rome II. En particulier, nous prendrons soin, à l'aide des chiffres contenus dans le rapport Mainstrat¹⁰⁶¹ et à

¹⁰⁶¹ *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*, Février 2007, JLS/2007/C4/028. Ci-après : Rapport Mainstrat.

l'aide du rapport de travail du Parlement Européen,¹⁰⁶² de juger de la capacité respective de chacune de ces solutions à satisfaire aux exigences des différents acteurs du processus législatif communautaire. Cela permettra au lecteur d'avoir un survol des différentes solutions possibles, indiquant si elles ont des chances d'aboutir en pratique.

1119. Enfin, nous prendrons soin de mettre en évidence les problématiques qui pourront être résolues via une transposition du travail déjà effectué au niveau de la compétence judiciaire. Nous argumenterons d'ailleurs, en guise de conclusion, qu'il sera préférable d'attendre que ce dernier domaine se stabilise pour entamer une recherche sérieuse de solutions au niveau des règles de conflit.

§ II. Points de rattachements

A) *Lex loci delicti / lex damni*

1120. Avant de se poser la question d'une règle de conflit spécifique, il faut d'abord se demander s'il ne serait pas possible d'assujettir les délits de presse complexes commis via Internet à l'application de la *lex damni*, ce qui nous reviendrait à les placer, sans majeure modification, sous le rattachement général de l'art. 4 par. 1 du règlement Rome II.

1121. En effet, les espoirs de voir émerger une solution basées sur un tel rattachement ne sont pas infondés : selon l'étude Mainstrat, la *lex damni* était comprise dans plusieurs des solutions proposées, qui ont en tout été favorisées par près de 77% de sondés. De plus, la proposition d'un article basé sur l'art. 4 du règlement Rome II n'a été rejetée qu'à la hauteur de 48% de mécontents, qui comprenaient l'entier des lobbys des associations de presse. De toutes les solutions, celle-ci fut considérée par les auteurs du rapport comme la plus populaire et la plus envisageable.¹⁰⁶³

1122. Cette solution a plusieurs avantages: elle est neutre, et ne se rattache pas à un lieu spécifiquement lié à l'une des parties. Elle permet en outre de traiter les dommages liés à une diffamation selon la loi des États géographiquement touchés par celle-ci, ce qui semble être à la fois logique et raisonnable. Enfin, cette application simultanée de ce bouquet de droits empêcherait que la loi matérielle d'un État ne vienne se greffer sur une publication qui lui est étrangère.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶² *Commission Juridique du Parlement Européen*, DIANA WALLIS (rap.), 23.05.10, Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), PE452.555v01-00.

¹⁰⁶³ Voir *supra* p. 218ss. Rappelons cependant que cette option fut déjà examinée par le législateur européen, et qu'elle fut rejetée dans ce contexte par les organisations de presse, pour des raisons rejoignant nos objections ci-dessous. Voir *supra* p. 211-212.

¹⁰⁶⁴ Favorisant cette solution, voir OLIVERA BOSKOVIC, Boskovic on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international

1123. Face à ces qualités, on peut opposer deux objections. La première concerne sa prévisibilité en matière d'Internet, et la seconde nous invite à considérer le poids non négligeable qu'elle imposerait en pratique à un juge lors du traitement d'un cas d'espèce.

1124. La première objection émise au sujet du rattachement de la *lex damni* nous ramène en terrain connu. S'agissant d'un point de rattachement fondé sur le lieu de la matérialisation du dommage, le choix en faveur de la *lex damni* soulève à peu près les mêmes questions de prévisibilité que nous nous sommes posées à l'occasion de la compétence au lieu du résultat de l'atteinte illicite. Il ne faudra pas, par exemple, qu'une publication Internet se fasse appliquer la loi d'un État sur la base de sa simple disponibilité en ce lieu. Par analogie, on pourrait envisager de soumettre l'application de la *lex damni* à une exigence de prévisibilité, dont les contours seraient inspirés par le modèle de *targeting test* que nous avons développé dans ce domaine. Une telle identité de résultats entre le domaine de la compétence et celui, droit applicable serait, dans l'absolu, la bienvenue.¹⁰⁶⁵

1125. On peut donc par ce moyen régler les problèmes liés à complexité des dommages apportés par Internet. Mais notre deuxième objection à l'application de la *lex damni* nous amène à identifier des possibles difficultés pratiques dues à la multiplicité de ces dommages. Ces difficultés se révéleront lorsqu'un juge étatique sera compétent pour traiter de l'entier du dommage international, par exemple parce que la victime se sera adressée au tribunal du lieu de l'établissement du défendeur, ou parce que l'on se sera décidé à abandonner le fractionnement de dommage au lieu du résultat trouvé dans *Shevill*. En matière d'Internet, le nombre de lieux touchés simultanément par le dommage risque d'être élevé, au vu de l'ubiquité géographique de ce mode de publication.

1126. Dans ce cas de figure, le magistrat se devra de considérer l'entier des États touchés par la communication diffamatoire, de déterminer pour chacun d'entre eux la prévisibilité du dommage via l'emploi d'un *targeting test*, et d'appliquer chacune des lois remplissant cette dernière exigence.

1127. Une telle procédure serait à notre sens excessivement encombrante, et n'aboutirait pas non plus sur de bons résultats. D'un part, car un juge étatique ne pourra que difficilement juger de la prévisibilité d'une atteinte provoquée par Internet au sein de juridictions qui lui sont étrangères. D'autre part, car ce schéma l'amènera à appliquer une multitude de droits de fonds étrangers. A cause des larges différences encore présentes entre les diverses législations, ceux-ci seront divergents, difficiles à manier, et possiblement éloignés de ses conceptions nationales. Cela

privé européen, *op. cit.*, p. 84-86; LOUIS PERREAU-SASSINE, Perreau-Sassine on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium.

¹⁰⁶⁵ Défendant l'idée d'un tel test adjoint à l'application de la *lex damni*, voir OLIVERA BOSKOVIC, Boskovic on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; JEAN-MARC BISCHOFF, Note sur l'arrêt Mobil North Sea, *op. cit.*, p. 201; GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, par. 60; JAN VON HEIN, Von Hein on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation: Online Symposium.

risquerait donc d'aboutir sur des procédures trop longues, et non dénuées d'incertitudes.

1128. Dans ce type de cas, il se pourrait qu'une application appropriée des exceptions en faveur de la loi du domicile commun et de la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige puisse servir. Mais cela impliquerait alors une réflexion sur le rôle de ces outils lorsqu'il est question d'Internet.¹⁰⁶⁶

B) Loi de la résidence habituelle de la victime

1129. Une autre proposition consiste à rattacher une diffamation commise par Internet à la loi de la résidence habituelle de la victime. Cela, parce que ce lieu, centre de l'activité et de la vie sociale de la victime, est souvent considéré comme le point focal d'une atteinte diffamatoire, et se recoupera naturellement avec le lieu de la survenance du dommage. Dans l'hypothèse d'une publication multiple et d'ordre internationale, il serait donc approprié de « réduire » la sélection en faveur du droit du lieu du résultat de l'atteinte en la focalisant au lieu le plus touché, ce qui amènera à l'application des uniques standards locaux de l'État de la victime.

1130. Cette solution a la vertu de la simplicité, et permet d'appliquer un droit unique à l'entier d'une diffamation internationale. Ce droit, de plus, ne sera pas imprévisible pour les parties : le demandeur se verra appliquer les standards de son droit local, et le fournisseur de contenu n'aura qu'à identifier ce lieu lors de la rédaction de son article.¹⁰⁶⁷ Enfin, elle bénéficie d'une certaine popularité, qui permet d'envisager sa possible adoption au sein du système européen n'est pas complètement illusoire: lors de l'étude Mainstrat, elle avait obtenu 20% d'avis favorables auprès des sondés, ce qui était le meilleur score obtenu par une proposition unique.¹⁰⁶⁸

1131. Mais elle n'est pas une panacée : elle serait inappropriée dans les cas dans lesquels ce lieu n'a que peu ou pas été touché par les effets de l'acte illicite. Prenons l'exemple fictif d'un site américain d'actualité sportive, rédigé entièrement en anglais et par hypothèse indisponible depuis la Suisse. Si celui-ci publie un article contestable sur le tennisman Roger Federer, résident en Suisse, cette solution

¹⁰⁶⁶ En ce sens, voir ANDREW DICKINSON, *The Rome II Regulation*, *op. cit.*, par. 4.73; LOUIS PERREAU-SASSINE, *Perreau-Sassine on Rome II and Defamation*, *Rome II and Defamation : Online Symposium*. Ces auteurs expriment que, si l'on se décide à placer la diffamation par Internet sous le régime général de Rome II, une importance capitale devra être donnée à l'exception contenue dans son art 4 par. 3, qui permettrait par exemple d'élire un droit unique lorsque ceux-ci sont trop nombreux.

¹⁰⁶⁷ NEREA MAGALLÓN, *Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation*, *Rome II and Defamation: Online Symposium*. Dans le sens contraire, voir THOMAS KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, *op. cit.*, p. 83 (argumente que l'identification de ce lieu peut être difficile pour l'éditeur, les victimes de diffamation n'étant pas toujours des célébrités).

¹⁰⁶⁸ Voir *supra* p. 218. Dans le sens inverse, voir JAN VON HEIN, *Von Hein on Rome II and Defamation*, *Rome II and Defamation: Online Symposium*. Cet auteur rappelle que cette proposition avait déjà été présentée par la Commission lors des travaux préparatoires du règlement Rome II, et estime qu'il est peu réaliste de la voir réussir aujourd'hui.

amènera à l'application du droit suisse, qui est plus sévère que le droit américain en matière de liberté d'expression.¹⁰⁶⁹ Or, une telle conclusion serait injuste du point de vue du fournisseur de contenu, qui aura fait le nécessaire pour éviter de provoquer un impact en ce lieu.¹⁰⁷⁰ Allant plus loin dans cette critique, certains auteurs estiment de plus que l'application inconditionnelle de la loi du lieu de la résidence habituelle du défendeur peut comporter un danger politique : il sera facile pour un dictateur de changer sa loi nationale à sa convenance, et d'ainsi soumettre tous les écrits rédigés à son propos aux standards qu'il aura choisis, quels que soit les lieux de distribution de ces textes.¹⁰⁷¹ On peut finalement lui opposer une trop grande sévérité à l'égard des fournisseurs de contenu, impliquant le cumul d'une multitude de droit applicables à une parution unique, du moment que plusieurs personnes y sont mentionnées.¹⁰⁷²

1132. En réponse à ces objections, on pourrait songer à adjoindre à ce modèle une clause échappatoire, qui permettrait d'élire la loi de l'État ayant les liens les plus étroits avec le litige. On rejoindrait alors en substance la solution prônée par le *Second Restatement of Conflict of Laws* américain, qui présume l'application de la loi du domicile du défendeur, mais qui la subordonne à une exception en faveur de la loi de l'État ayant les liens les plus étroits avec le litige.¹⁰⁷³ Mais là, notre étude a montré la pratique des tribunaux américains ne s'est pas révélée comme informative, ni appropriée. Ceux-ci se refusent à considérer la seconde branche du raisonnement, et appliquent exclusivement la loi du demandeur.¹⁰⁷⁴ Il nous est donc, pour le moment, difficile de déterminer si une telle exception serait à même de combler les déficits de ce modèle.¹⁰⁷⁵

1133. Même si elle apparaît comme appropriée en surface, cette solution est trop rigide et manque de neutralité. Elle ne saurait saisir de façon appropriée notre problématique sans une profonde discussion théorique.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁶⁹ Nonobstant, bien sûr, les questions de compétence judiciaire qui se placeront en amont.

¹⁰⁷⁰ En ce sens, voir LAURENT PECH, *Conflit de lois et compétence des juridictions françaises*, *op. cit.*, par. 57; LOUIS PERREAU-SASSINE, *Perreau-Sassine on Rome II and Defamation*, *Rome II and Defamation : Online Symposium*. Cette critique rejoint celle soulevée par les organisations de presse lors de l'examen de cette solution au sein des travaux préparatoires du règlement Rome II, voir *supra* p. 212.

¹⁰⁷¹ En ce sens, voir TREVOR C. HARTLEY, *Hartley on The Problem of Libel Tourism*, *Rome II and Defamation: Online Symposium*. Dans le sens contraire, voir OLIVERA BOSKOVIC, *Boskovic on Rome II and Defamation*, *Rome II and Defamation : Online Symposium*. Cet auteur propose de combler cette lacune de ce modèle en y adjoignant une clause échappatoire fondée sur une exception d'ordre public, qui permettrait au tribunal du for de se refuser à appliquer un droit qui choquerait sa conception de la liberté d'expression.

¹⁰⁷² THOMAS KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, *op. cit.*, p. 83 et notes y relative.

¹⁰⁷³ En ce sens, voir LAURENT PECH, *Conflit de lois et compétence des juridictions françaises*, *op. cit.*, pars. 54-55 et 57 *in fine*. Pour une présentation du système américain sous le *Second Restatement*, voir *supra* p. 136ss.

¹⁰⁷⁴ Voir *supra* p. 137ss.

¹⁰⁷⁵ Pour notre opinion sur une telle exception dans l'abstrait, voir *infra* p. 329ss.

¹⁰⁷⁶ Rejoignant de façon plus générale cette conclusion, voir ANDREW DICKINSON, *Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?*, *Rome II and Defamation: Online Symposium* (estime que, au vu de la variété des situations que peut provoquer Internet, il serait malvenu d'établir une règle de conflit de lois qui penche en faveur de l'une ou l'autre des parties).

C) *Loi du lieu de l'établissement du fournisseur de contenu*

1134. Favorisée par les associations de presse, une application la loi de l'établissement du fournisseur de contenu est considérée par celles-ci comme la meilleure solution, car elle permet de traiter sous un droit unique et prévisible l'entier d'une diffamation internationale.¹⁰⁷⁷

1135. Il convient de rapidement rejeter cette solution, ne protège pas suffisamment les droits des victimes et favorise excessivement les fournisseurs de contenu. Ces derniers pourraient facilement s'établir dans un État dans lequel le droit de fond leur est favorable, leur permettant alors de disséminer leur contenu sans devoir prendre en compte les règles des États de réception. Cette proposition est de plus incompatible avec les principes généraux trouvés dans le règlement Rome II, qui donne la préférence aux lieux de la matérialisation du dommage, et non à celui de l'acte causal.¹⁰⁷⁸

1136. Cela n'a pas empêché la Cour de Justice de l'Union d'adopter matériellement cette solution au travers de l'arrêt *eDate*.¹⁰⁷⁹ Ce développement se doit donc d'être catégoriquement rejeté.

D) *Règle de conflit au choix du demandeur*

1137. Comme exprimé par notre débat ci-dessus, il est ardu de trouver une règle de conflit unique qui puisse s'appliquer idéalement à notre problématique : le choix en faveur de la *lex damni* risque de crouler sous la multiplicité des droits possiblement applicables ; la réduction de la *lex damni* au lieu unique de la résidence habituelle du demandeur est trop rigide et partielle ; et la loi de l'établissement du défendeur est similairement déséquilibrée. Face à ce blocage, on peut s'interroger s'il est possible de trouver un certain point d'équilibre entre les qualités et les défauts de ces solutions.

1138. Parmi les solutions identifiées lors de notre étude, une piste en ce sens nous est fournie par l'art. 139 al. 1 de la LDIP Suisse. Celui-ci dispose d'une structure

¹⁰⁷⁷ En ce sens, voir: ANGELA MILLS WADE, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium. Voir également les conclusions trouvées en ce sens dans le rapport Mainstrat, en *supra* p. 218-219.

¹⁰⁷⁸ Dans notre sens, voir OLIVERA BOSKOVIC, Boskovic on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; TREVOR C. HARTLEY, Hartley on The Problem of Libel Tourism, Rome II and Defamation: Online Symposium; THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 82-83 et 72-73; LOUIS PERREAU-SASSINE, Perreau-Sassine on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; NEREA MAGALLÓN, Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation, Rome II and Defamation: Online Symposium. Moins catégorique, voir LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, par. 52 (argumente que le mécanisme de la fraude à la loi pourrait être invoqué pour combler les tentatives d'abus de ce critère).

¹⁰⁷⁹ Voir *supra* p. 226ss.

multiple permettant à la victime de choisir le droit applicable parmi trois possibilités¹⁰⁸⁰ :

- Le droit de la résidence habituelle de la victime, si l'atteinte en ce lieu était prévisible.
- Le droit de la résidence habituelle ou de l'établissement du fournisseur de contenu.
- Le droit du lieu du résultat de l'atteinte, si l'atteinte en ce lieu était prévisible.

Ce panachage de rattachements a de quoi emporter notre conviction. Il est flexible, et respecte les attentes légitimes des deux parties. Les fournisseurs de contenu pourront se fier au droit de leur établissement, sauf s'ils ont provoqué une atteinte qui leur est prévisible en un autre lieu. Inversement, la victime pourra se prévaloir de son droit local, ou d'un droit tiers, du moment que l'un de ces lieux a été touché de façon prévisible par le dommage. On atteint donc un certain point d'équilibre entre les intérêts en jeu. De tous les modèles considérés ici, celui-ci est celui qui emporte notre préférence. Cependant, il est remis en cause par quatre objections, auxquelles qu'il nous faut répondre.

1139. La première objection tient à l'interprétation de la clause de prévisibilité du dommage lorsqu'il est question d'atteinte conduite via le réseau. A nouveau, on pourra tirer un lien avec le domaine de la compétence judiciaire, et structurer cette prévisibilité par une adaptation du modèle de *targeting test* développé à cet effet. Cet obstacle ne devrait donc pas être insurmontable.

1140. La deuxième critique opposée à ce modèle est qu'elle laisse à la victime le choix du droit applicable. Comme cette dernière choisit déjà *ex ante* le lieu du for, en portant son affaire devant le tribunal désiré, il serait injustifié de lui laisser également la possibilité de désigner le droit applicable au fond du litige. Cette critique est pertinente, et nous nous accordons avec le fait que laisser ce double choix à la victime n'est pas désirable. Cependant, les effets néfastes de cette situation pourraient être tempérés par une application cohérente du *targeting test* aux deux échelons du droit international privé : en tant que limite juridictionnelle mais aussi en tant que limite de sélection de droit applicable inhérente à la clause de prévisibilité contenue dans ce modèle. Par un tel *targeting test* double, le choix du demandeur au niveau de la compétence sera limité de façon symétrique avec les options proposées lors de sa sélection subséquente du droit applicable. Ce double choix serait donc, dans la pratique, réduit à un choix unique et délimité de façon uniforme.

1141. Proposant une multitude de points de rattachements différents, on peut également objecter que ce modèle pourra amener un juge à appliquer un droit qui lui est éloigné, et qu'il ne maîtrisera que difficilement. A cette objection, nous n'avons

¹⁰⁸⁰ Voir *supra* p. 179-180. Dans cette section, nous ne prendrons pas en considération le débat suisse autour de l'interprétation à donner à cette disposition, qui tend à la faire rejoindre les solutions privilégiant le lieu de la résidence habituelle du demandeur.

pas de réponses ; si ce n'est qu'il s'agit du prix à payer pour obtenir une règle de conflit flexible.

1142. Enfin, et malgré les qualités de ce modèle, l'on doute fortement de sa capacité à être adoptée en tant que solution au sein de l'ordre international. Comme le note le rapport de travail du Parlement Européen, il n'est pas certain que les lobbys de la presse acceptent une solution laissant le choix du droit applicable aux mains de la victime. Au vu du puissant blocage politique ayant caractérisé les discussions autour du règlement Rome II au niveau des atteintes à la personnalité, les espoirs réels de voir une telle clause aboutir sont concrètement minces.¹⁰⁸¹

1143. Une solution fondée sur une clause en cascade aurait le potentiel de résoudre notre problématique. Elle est flexible, équilibrée, elle évite le fractionnement des droits applicable, et elle permet une prise en compte de la prévisibilité qui sera cohérente avec les développements du domaine de la compétence. Reste à savoir si elle pourra convaincre le législateur communautaire.

E) *Lex fori*

1144. Enfin, une dernière possibilité, soutenue par une partie de la doctrine, consisterait à simplement appliquer la loi du for. L'idée tapie derrière cette proposition est que les règles de détermination de la compétence, si elles sont modelées de façon à prendre en compte les spécificités de la publication par Internet, seraient à même de régler en amont les questions de la prévisibilité et de la multiplicité des droits applicables. Par exemple, une cour étatique qui se serait reconnue compétente via l'application d'un *targeting test* approprié, et qui en aurait conclu que le site litigieux a bel et bien provoqué une atteinte substantielle et prévisible au sein de sa juridiction, ne devrait pas à avoir d'inhibitions à y appliquer sa loi nationale.¹⁰⁸²

1145. Cette solution a plusieurs avantages : elle est simple, prévisible, cohérente, et permet d'éviter qu'un juge soit amené à appliquer un droit de fond qui lui soit étranger.

1146. Mais si cette solution à une faiblesse à nos yeux, c'est qu'elle s'adapte mal aux cas ne faisant pas appel au fractionnement du dommage issu de *Shevill*. Lorsqu'un tribunal est compétent pour traiter de l'entier d'une atteinte géographiquement éparpillée, par exemple car c'est celui du lieu de l'établissement du défendeur, il sera moins justifié d'y appliquer impérieusement la loi du for.¹⁰⁸³

¹⁰⁸¹ Voir *supra* p. 221-222.

¹⁰⁸² Soutenant cette solution, voir GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, par. 58; LAURENT PECH, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, *op. cit.*, par. 58; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 368-370. Egalement en ce sens, mais ne prenant pas en compte les spécificités de la publication par Internet, voir BETTINA HEIDERHOFF, Heiderhoff : Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Yes, Lex Fori, Please !, Rome II and Defamation: Online Symposium.

¹⁰⁸³ Reconnaisant cette difficulté, voir DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 370.

Enfin, nous doutons fortement des chances de réussite de ce modèle, en particulier dans le contexte européen. Dans l'étude Mainstrat, elle fut rejetée par une écrasante majorité de 90% des sondés, ce qui laisse préjuger de son impopularité auprès des divers groupes d'intérêts concernés.

§ III. Exceptions

A) *Exception en faveur du domicile commun ou de la résidence habituelle commune des parties*

1147. Lorsque les deux parties sont issues du même État, il est généralement admis que la loi de cet État peut primer sur le rattachement autrement prévu par le droit international privé. Nous avons rencontré cette exception à plusieurs reprises dans notre travail, quoique dans des variations subtilement différentes : rattachement au domicile commun aux États-Unis, et rattachement à la résidence habituelle commune ailleurs.¹⁰⁸⁴

1148. La transposition de cette règle à notre problématique aura plusieurs qualités.¹⁰⁸⁵ D'abord, car ses conditions d'application ne sont aucunement dérangées par les spécificités du mode de publication d'Internet. Son emploi ne fait pas appel au lieu de survenance du dommage ou à une notion similaire. Ensuite, car elle permet d'élire un droit unique, prévisible, connu par les deux parties, et qui aura toujours une certaine proximité avec elles. En particulier, elle sera à même de résoudre de façon élégante certaines formes de *forum shopping*, dont celle identifiée dans l'arrêt anglais *Lewis v. King*. Dans celui-ci, les deux parties vivaient aux États-Unis, et le demandeur s'était adressé à un tribunal anglais dans le but transparent de faire échec à la large protection de la liberté d'expression accordée par le droit de fond américain.¹⁰⁸⁶ La présence de cette exception au sein des règles de conflit anglaises aurait permis de considérablement abaisser l'attrait de ce for aux yeux du demandeur, et, s'il s'y était quand bien même adressé, d'éviter alors les effets critiquables de la pratique juridictionnelle anglaise.

1149. Malgré notre préférence pour l'adoption de cette exception, il nous faut exposer trois objections allant dans le sens inverse. La première est qu'elle amènera un juge à appliquer un droit de fond qui lui sera étranger. La deuxième est que, selon les circonstances d'espèce, cette exception n'aboutira pas sur un droit ayant des liens suffisants avec la réalité de l'atteinte. Même si le droit commun aux deux parties contient de façon inhérente une certaine forme de proximité avec le litige, celle-ci sera affaiblie lorsque, par hypothèse, ce lieu ne sera pas touché par la publication et

¹⁰⁸⁴ Voir *supra* p. 247.

¹⁰⁸⁵ En ce sens, voir LOUIS PERREAU-SASSINE, Perreau-Sassine on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; JAN VON HEIN, Von Hein on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation: Online Symposium.

¹⁰⁸⁶ Voir *supra* p. 67.

par le dommage, ou qu'il y sera touché que de façon minimale.¹⁰⁸⁷ La troisième est que, à cause de cette dernière critique, cette exception n'a pas emporté un vif succès au sein de la procédure consultative sur l'amendement possible du règlement Rome II. Dans l'étude Mainstrat, celle-ci n'a obtenu que 49% d'avis positifs, ce qui indique que ses possibilités d'adoption au sein d'une solution communautaire sont encore incertaines.¹⁰⁸⁸

1150. Si l'on se décide toutefois à l'appliquer, il reste à trancher entre les formulations européennes et américaines de cette exception. Il convient ici de préférer le critère de la résidence habituelle commune des parties, qui est plus proche de la réalité quotidienne durable de ces dernières, et moins soumis à des interprétations multiples que la notion de domicile.¹⁰⁸⁹

B) Exception en faveur de la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige

1151. Enfin, il est certain que tout modèle de solution devra comporter une clause échappatoire privilégiant la loi ayant les liens les plus étroits avec le litige. Cette exception est reconnue au travers de multiples ordres juridiques : au cours de notre étude, nous avons constaté que celle-ci se retrouvait sous une forme ou une autre dans tous les systèmes que nous avons examinés, à l'exception de la France.¹⁰⁹⁰ Elle a de plus emporté une adhésion assez large au sein des travaux d'amendement du règlement Rome II, favorisée par 60% des acteurs consultés à l'occasion de l'étude Mainstrat.¹⁰⁹¹

1152. Nous rejoignons cette tendance : dans l'absolu, une telle clause échappatoire, permettant d'élire la loi unique d'un lieu présentant des liens manifestement étroits avec un litige d'espèce, serait appréciable. Les cas impliquant Internet pouvant grandement faire varier l'importance des lieux ciblés par les points de rattachement généraux, il est important de conserver une telle soupape de sécurité dans les cas où ceux-ci se révéleront comme inappropriés.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁷ En ce sens, voir OLIVERA BOSKOVIC, Boskovic on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium. En dehors du contexte d'Internet, voir ANDREW DICKINSON, The Rome II Regulation, par. 4.81; THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, *op. cit.*, p. 44-45.

¹⁰⁸⁸ Voir *supra* p. 218-219.

¹⁰⁸⁹ THOMAS KADNER GRAZIANO, précit. ci-dessus. Aussi en ce sens, quoique en dehors du contexte précis de cette exception, voir GARY KOK YEW CHAN, Internet Defamation and Choice of Law in Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick, 2003 Sing. J. Legal Stud., p. 483ss, spec. p. 512-513; DAN JERKER B. SVANTESSON, Private International Law and the Internet, *op. cit.*, p. 363-364.

¹⁰⁹⁰ Voir *supra* p. 247.

¹⁰⁹¹ Voir *supra* p. 219.

¹⁰⁹² En ce sens, voir OLIVERA BOSKOVIC, Boskovic on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; LOUIS PERREAU-SASSINE, Perreau-Sassine on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium; TREVOR C. HARTLEY, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, I.C.L.Q. 2010, 59(1), p. 25ss, spec. p. 31-32; JAN VON HEIN, Von Hein on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation: Online Symposium.

1153. Mais si l'on s'accorde sur le principe même de cette exception, un important travail reste à fournir au niveau de ses modalités pratiques, surtout dans nos cas impliquant Internet.¹⁰⁹³ Dans ce contexte, on pourra s'aider des critères employés au sein de notre modèle de *targeting test* développé au niveau de la compétence. Mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, il sera ardu de transposer ces critères au sein d'une analyse de type multilatérale, ayant pour but de déterminer un État unique ayant les liens les plus étroits avec un litige.¹⁰⁹⁴ Allant de pair avec cette difficulté, on retrouvera alors les problèmes de prévisibilité du droit, de manque d'uniformité pratique, ainsi que d'arbitraire.

1154. En conséquence, il serait peut-être préférable de considérer, de façon cohérente avec la formulation de l'art. 4 par. 3 Rome II, ainsi que la formulation Suisse, que cette exception ne doit s'appliquer que de façon restrictive. Il ne faudrait donc lui donner corps seulement lorsqu'une pluralité d'éléments factuels montre de façon manifeste que le centre de gravité du litige fait exception au rattachement général.

§ IV. Nécessité préalable d'une réponse stable au niveau de la compétence judiciaire

1155. A ce stade de la discussion, il nous semble important de souligner que, plus que dans tout autre domaine, notre problématique exige des réponses coordonnées entre le domaine de la compétence judiciaire et celui des règles de détermination du droit applicable.

1156. Déjà évoquée ailleurs dans ce travail,¹⁰⁹⁵ l'interdépendance entre ces deux étapes du droit international privé ressort de façon répétée dans la discussion ayant trait à la sélection d'une règle de conflit appropriée. On peut la retrouver dans sur deux plans distincts : d'abord, sur l'effet indirect de la compétence sur de l'adéquation des règles de conflit, et ensuite, sur des éléments définitionnels y rattachés, comme la « prévisibilité du dommage ».

1157. En premier lieu, l'adéquation matérielle des règles de conflit peut dépendre des détails de la pratique déployée *ex ante* sur le plan juridictionnel. Les auteurs en faveur de la *lex fori*, notamment, plaident pour cette solution parce qu'ils estiment que les règles de compétence, une fois adaptées à Internet, seront suffisamment discriminatoires en amont contre le *forum shopping* pour justifier de

¹⁰⁹³ Il est significatif de noter que, des auteurs en faveur de cette exception, aucun n'a été jusqu'à substantifier le contenu de cette exception. Assez exemplatif de ce laconisme est le texte de PERREAU-SASSINE, note précédente, qui se réfère au document de travail du parlement européen : « *The uncertainty involved in a bare closest ties exception rule must be limited by giving clear guidelines to the judge as to how to use this exception clause in this field of law. As the Working Document puts it, the main drawbacks of the exception clause "could be overcome by including criteria upon which the test is to be based" (p. 8). The judge liberty could also be limited by the inclusion of a "foreseeability clause", whereby a law of a country would be applied if the damage occurred in this country was foreseeable for the defendant.* »

¹⁰⁹⁴ Cet argument épouse celui que nous avons déjà avancé en matière de compétence, en *supra* p. 319.

¹⁰⁹⁵ Voir *supra* p. 249ss.

l'application de la loi du for.¹⁰⁹⁶ Similairement, la choix en faveur de la *lex damni* agit de pair avec le fractionnement du dommage au lieu du résultat de l'atteinte trouvé dans *Shevill*, mais peut mener à des difficultés pratiques lorsque appliquée à une action unique aux dommages pluriels.¹⁰⁹⁷ Suivant cette réflexion, il nous semble malaisé de réfléchir abstraitement aux qualités des règles de conflit de droit applicable sans considérer le contexte de la détermination juridictionnelle y préalable : la localisation du lieu du for, son ouverture possible au *forum shopping* ainsi que l'ampleur des dommages y récupérables sont des éléments qui influent indirectement, mais de façon déterminante, sur le choix subséquent de la loi applicable.

1158. En deuxième lieu, il faut reconnaître que, lorsqu'il est spécifiquement question du traitement d'Internet, on peut identifier un profond parallélisme de problématiques. En traitant du point de rattachement de la *lex damni*, nous avons noté la proximité de la discussion sur la prévisibilité des lois possiblement applicables avec celle développée au niveau de la compétence au sujet des fors placés au lieu du résultat de l'atteinte.¹⁰⁹⁸ Pareillement, les propositions en cascade contenant des clauses de prévisibilité du dommage, comme c'est le cas dans le modèle suisse, ramènent à la question, déjà amplement traitée au niveau de la compétence, sur le *targeting test* et sur la prévisibilité d'une atteinte commise via Internet.¹⁰⁹⁹ En réalité, ces questions définitionnelles de prévisibilité du dommage se recourent en grande partie d'un domaine à l'autre.¹¹⁰⁰

1159. Cette relation entre les deux étapes du droit international privé nous amène à penser qu'il serait préférable d'attendre que le domaine de la compétence soit stabilisé avant de traiter de la question du droit applicable. Ce n'est qu'en sachant précisément quels tribunaux seront compétents, et selon quels standards de prévisibilité ils le seront, qu'une discussion plus précise sur les règles de conflits de droit applicable pourra avoir lieu.

1160. On pourrait argumenter que, avec l'arrivée de l'arrêt *eDate*, la question de la compétence est désormais réglée, en tout cas au niveau du droit communautaire. Cela est effectivement le cas. Mais le caractère doublement insatisfaisant de cet arrêt, que ce soit au niveau de la compétence qu'à celui du droit applicable, nous amène à espérer qu'il ne s'agira pas du dernier mot en la matiè

¹⁰⁹⁶ Voir *supra* p. 327 et auteurs y cités.

¹⁰⁹⁷ Voir *supra* p. 322.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ Voir *supra* p. 326.

¹¹⁰⁰ Plaidant également pour cette identité de notions, voir GWENDOLYNE LARDEUX, Sources extracontractuelles des obligations – détermination de la loi applicable, *op. cit.*, par. 60. « [...] le critère retenu dans les deux domaines est le même, à savoir, comme c'était le cas dans les espèces précitées, le lieu où le dommage est subi. Est-il, en cette occurrence, justifié que la même notion de dommage fasse l'objet d'appréciations diverses : constitué par la seule accessibilité du site en matière de compétence juridictionnelle, il ne le serait que si le public français est visé pour la compétence législative ? De manière un peu abrupte, cela amènerait les juges français à dire qu'un dommage a été subi en même temps qu'il ne l'a pas été... La question mérite d'autant plus d'être posée qu'une telle position s'opposerait à l'objectif clairement affiché par les instances communautaires d'uniformiser les concepts utilisés dans tous les règlements de droit international privé. »

Chapitre 10^{ème} : Conclusion

1161. Au cours de ce travail, nous avons traité des conséquences en droit international privé de la transnationalité de la communication par Internet, prise sous l'angle des atteintes à la personnalité. En recherchant des solutions tant au niveau des règles de détermination du tribunal compétent qu'à celui des règles de conflit de lois, nous avons été amenés à nous interroger sur divers aspects de cette problématique.

1162. Aspects technologiques, d'abord, car il nous a fallu déterminer quels sont les aspects d'Internet qui remettent en question les approches traditionnelles du droit international privé. Ces aspects comprennent son ubiquité, son instantanéité, mais aussi sa tendance à renverser la position du fournisseur de contenu : ce dernier étant amené à publier son message à l'échelle internationale, et ne disposant pas de moyens de contrôle analogues à ceux trouvés dans la presse papier pour désigner le public géographique visé par sa publication. Nous avons également souligné la diversité des auteurs et éditeurs présents sur le réseau, qui peuvent être des particuliers ou des amateurs, et qui dépassent de ce fait le schéma traditionnel de l'organe de presse professionnel. Combinés, ces éléments nous ont montré qu'Internet exigeait une réponse taillée sur mesure, plutôt qu'une analogie avec les théories ayant fonctionné pour les journaux et des magazines.

1163. Suite à cette conclusion, nous avons constaté qu'une prise de conscience similaire était apparue dans la jurisprudence des États retenus dans cette étude, tout du moins au niveau des règles de détermination de la compétence. Nous avons vu que l'approche traditionnelle de l'accessibilité, qui tend à placer un for dans chacun des États dans lequel un site est disponible, a été progressivement évincée, quoique quelquefois dans des domaines distincts tels que la propriété intellectuelle ou les contrats de consommation, en faveur d'une approche exigeant un élément de connexité supplémentaire entre le litige et le lieu du for. C'est la recherche de cet élément de connexité qui a en grande partie animé notre discussion et qui nous a permis de développer notre propre solution : un maintien de la compétence au lieu de la réception du message, tempérée par un *targeting test* de type objectif permettant, par l'emploi d'une grille d'indices structurés et adaptés à la diffamation, de prendre en compte, d'une part, de l'impact géographique prévisible d'un site web pour son exploitant, et, de l'autre, de l'ampleur de la réputation atteinte par ce message. Par cela, et conscients du côté politiquement sensible de la question de la

diffamation amenant chaque État à vouloir sauvegarder ses prérogatives adjudicatives et législatives en matière d'équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la personnalité, nous avons rejeté des approches plus novatrices, tendant à rassembler en un lieu unique et impératif l'entier des dommages transnationaux.

1164. Nous avons également remarqué que cette discussion sur l'adoucissement de pratique juridictionnelle à l'encontre d'un site Internet n'a pas été suivie par un tel engouement dans la partie conflictuelle du droit international privé. Ce n'est guère qu'au sein de l'Union Européenne – qui n'a par ailleurs pas encore réussi à fournir à une réponse stable à cause du côté politiquement sensible de notre problématique – que des propositions ont été émises. En conséquence, nous avons présenté quelques pistes de solutions, et surtout exhorté le législateur de ne poser une règle de conflits de lois que si et seulement si le domaine de la compétence aboutit à une solution adéquate.

1165. Lors des derniers mois suivant la réédition de ce texte, nos constatations et nos conclusions au niveau de la compétence ont été frappées par la jurisprudence *eDate*, qui a, contre toute attente, refusé d'abandonner le critère de l'accessibilité et développé un nouveau for aux qualités plus que discutables. Bien que décevante en soi, cette nouvelle donne communautaire rend à notre texte un caractère particulièrement urgent, car nous estimons que la solution proposée dans ces lignes s'adapte mieux aux contours d'Internet, et aux difficultés des atteintes à la réputation plus généralement, que la solution de la Cour de Justice. Peut-être que les travaux de révision du règlement, qui ne sont point encore achevés au moment où ces lignes sont écrites, seront l'occasion de corriger cette situation.

Bibliographie

ANCEL, Marie-Elodie, Un an de droit international privé du commerce électronique, *Communication-Commerce Électronique* (Jan. 2007), chron. 1 ; Concurrence déloyale sur Internet : la compétence juridictionnelle perd pied, *La Semaine Juridique* (édition générale) 20 (2007), p. 29 ; Liens sponsorisés : pour une compétence raisonnée des tribunaux français, *Communication-Commerce Électronique* (Oct. 2007) ; Un an de droit international privé du commerce électronique, *Communication-Commerce Électronique* (Jan. 2009), chron. 1 ; Un an de droit international privé du commerce électronique, *Communication-Commerce Électronique* (Jan. 2010), chron. 1 ; Un an de droit international privé du commerce électronique, *Communication-Commerce Électronique* (Jan. 2011), chron. 1.

AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, 5^{ème} ed., Paris, 2008.

BALIN, Robert / HANDMAN, Laura / REID, Erin, Libel Tourism and the Duke's Manservant - an American perspective, 3 *European Human Rights Law Review*, (2009), p.303.

BARENDT, Eric, Jurisdiction in Internet Libel Cases, 110 *Penn State Law Review* (2006), p. 727.

BARLOW, John P., A Declaration of the Independance of Cyberspace, <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> (dernière visite le 08.04.11).

BEAUCHAMP, Raymond W., England's Chilling Forecast: The Case for Granting Declaratory Relief to Prevent English Defamation Actions from Chilling American Speech, 74 *Fordham Law Review* (2006), p. 3073.

BEN-EZER, Ayelet / BENDOR, Ariel L., Conceptualizing Yahoo! V. L.C.R.A.: Private Law, Constitutional Review and International Conflict of Laws, 25 *Cardozo Law Review* (2004), p. 2089.

BERGÉ, Jean Sylvestre, Observations sur les arrêts Intermind et Multi Media, *Journal du Droit International* 2 (2004), p. 491.

BIGOS, Oren, Jurisdiction over Cross-border Wrongs on the Internet, 54 *International and Comparative Law Quarterly* (2005), p. 585.

BISCHOFF, Jean-Marc, Note sur l'arrêt Gordon Breach, *Revue Critique de Droit International privé* 86 (3) (1997), p. 505 ; Note sur l'arrêt Mobil North Sea, *Revue Critique de Droit International privé* (2) (2000), p. 201ss.

BOONE, Brian D., Bullseye! Why a "Targeting Approach" to Personal Jurisdiction in the E-Commerce Context Makes Sense Internationally, *20 Emory International Law Review* (2006), p. 241.

BORCHERS, Patrick J., The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From Pennoyer to Burnham and Back Again, *24 U. C. Davis Law Review* (1990), p. 19 ; Internet Libel : The Consequence of A Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction, *98 Northwestern University Law Review* (2004), p. 473.

BORN, Gary B. *International Civil Litigation in United States Courts: commentary and materials*, 3ème ed., The Hague, 1996.

BOSKOVIC, Olivera, Boskovic on Rome II and Defamation, *Rome II and Defamation : Online Symposium*, <<http://conflictoflaws.net/2010/boskovic-on-rome-ii-and-defamation/>> (dernière visite le 21.06.12).

BRILMAYER, Lea, *Conflict of Laws, Foundations and Future Directions*, Boston, 1991.

BUCHER, Andreas / BONOMI, Andrea, *Droit International Privé*, 2ème ed., Bâle ; Genève [etc.], 2004.

BUCHER, Andreas, La clause d'exception, in : BONOMI, Andrea / RITAINE, Eleanor Cashin [eds.], *La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après*, Actes de la 21è Journée de droit international privé du 20 Mars 2009 à Lausanne, Genève 2009, p. 59.

CACHARD, Olivier, Thèse : *La Régulation internationale du marché électronique*, Paris 2002; Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer , *Revue Critique du Droit International Privé* 93 (3) (2004), p. 632.

Caslon Analytics, Blog Statistics and Demographics, <<http://www.caslon.com.au/weblogprofile1.htm>> (dernière visite le 08.04.11).

CAPRIOLI, Eric A., *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique*, 2ème ed., Paris, 2007.

CARON, Christophe, Marque reproduite sur un site étranger : large compétence des juridictions françaises, *Communication-Commerce Électronique* (Avr. 2004), p. 26 ; Contrefaçon ou concurrence déloyale réalisée sur un site Internet étranger : recherche solutions claires désespérément!, *Communication-Commerce Électronique* (Oct. 2007), p. 39 ; Liens commerciaux et règles de compétence dans le contentieux international, *Communication-Commerce Électronique* (Fév. 2010), p. 27.

CASSIDY, Teresa J., *Civil Procedure : Effects of the « Effects Test »: Problems of Personal Jurisdiction and the Internet*; *Dudnikov v. Chalk & Vermillon Fine Arts Inc.*, 514 F.3D 1063 (10th Cir. 2008), 9 *Wyoming Law Review* (2009), p.575.

CONDLIN, Robert J. « Defendant Veto » or « Totality of the circumstances » ? It's Time for the Supreme Court to Straighten Out the Personal Jurisdiction Standard Once Again, 54 *Catholic University Law Review* (2004), p. 53.

CHABERT, Cyril, *La distinction entre site passif et site actif à l'épreuve des conflits de juridictions*, *La Semaine Juridique (édition générale)* 15 (2004), p. 685 ; *Site passif et site actif : la distinction s'affermi devant la Cour de Paris*, *La Semaine Juridique (édition générale)* 20-21 (2007), p. 32 ; *Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet*, *La Semaine Juridique (édition générale)* (2008), p. 38.

CHAN, Gary Kok Yew, *Internet Defamation and Choice of Law in Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, 2003 *Singapore Journal of Legal Studies*, p. 483.

CHIVVIS, Matthew, *Reexamining the Yahoo Litigations: Towards an Effects Test For Determining International Cyberspace Jurisdiction*, 41 *University of San Francisco Law Review* (2007), p. 699.

CLARKSON, C. M. V. / HILL, Jonathan, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2^{ème} ed., Oxford [ect.], 2005.

COLLINS, Matthew, *The Law of Defamation and the Internet*, 2^{ème} ed., Oxford [etc.] 2005.

COLLINS, S. Lawrence / BRIGGS, Adrian / HARRIS, Johnathan / MCCLEAN, J.D. / MCLACHLAN, Campbell / MORSE, C.G.J., *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^{ème} ed., London 2006.

COOPER, Blake, *The U.S. Libel Law Conundrum and the Necessity of Defensive Corporate Measures in Lessening International Internet Libel Liability*, 21 *Connecticut Journal of International Law* (2005), p. 127.

COOPER, Gregory S., *A Tangled Web We Weave : Enforcing International Speech Restrictions in an Online World*, 8 *University of Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* (2007), p. 2.

COTTIER, Bertil, *Impact des nouveaux medias sur la science et la pratique du droit*, in : TISSOT, Nathalie [ed.], *Quelques Facettes du Droit de l'Internet*, Vol. 1, Neuchâtel, 2001, p. 1.

COHEN, Adam, *'Libel Tourism': When Freedom of Speech Takes a Holiday*, *The New York Times* (15.09.08), p. A24.

COHEN, Debra R., *The Single Publication Rule : One Action, not One Law*, 62 *Brooklin Law Review* (1996), p. 921.

COSTON, Joann K., *Embrace the New, but don't Forget About the Old : Asserting Personal Jurisdiction Over the New Internet Age*, 34 *Southern University Law Review* (2007), p. 249.

CURRIE, Brainered, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham N. C., 1963.

D'AVOUT, Louis, *Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une perspective du système Rome II)*, *Dalloz* 24 (2009), p. 1629.

DALTON, Nicholas / HUGOT, Jean-Philippe, *The Universal Jurisdiction of French Courts in Civil and Criminal Cases: the Road to Digital Purgatory?*, 13 (3) *Entertainment Law Review* 2002, p. 49.

DE BAERE, Gert, *Is This a Conflict Rule Which I See Before Me ? - Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce*, 11 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2004), p. 287ss.

DE GROOTE, Bertel, *Droit International Privé : Questions de Conflits et de Juridictions*, 36 *Revue du Droit des Technologies de l'Information* (2009), p. 161.

DEERING, Steve / HINDEN, Bob, 06.11.99, *Statement on IPv6 Address Privacy*, <<http://playground.sun.com/ipv6/specs/ipv6-address-privacy.html>> (dernière visite le 12.04.11).

DELTA, George B. / MATSUURA, Jeffrey H., *Law of the Internet*, 3ème ed, Austin, 2009-2010.

DEIBERT, Ronald / PALFREY, John / ROHOZINSKI, Rafal / ZITTRAIN, Jonathan, *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge, 2008.

DESSEMONTET, François, *Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé*, in : *Le droit au défi d'Internet, actes du colloque de Lausanne, Genève, 1997*, p. 75 ; *A European Point of View on the Ali Principles – Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgements in Transnational Disputes*, 20 *Brooklyn Journal of International Law* (2005), p. 863.

DI BARI, John, *A Survey of the Internet Jurisdiction Universe*, 18 *New York International Law Review* (2005), p. 123.

DICKINSON, Andrew, *The Rome II Regulation, The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford 2008 ; *Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime - Not Again?, Rome II and Defamation: Online Symposium*,

<<http://conflictoflaws.net/2010/privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-not-again/>> (dernière visite le 12.05.11).

DOTY, Nick / MULLIGAN, Deirdre K. / WILDE, Erik, Privacy Issues and the W3C Geolocation API, UC Berkeley School of Information Report 2010-038 (Février 2010), <<http://escholarship.org/uc/item/0rp834wf>>(dernière visite le 01.07.12).

DREYER, Emmanuel, Saisine des juridictions, in : LE STANC, Christian [ed.], *Jurisque Communication*, fasc. 3080, LexisNexis, 2006-2009.

DUBINSKY, Paul R. / PARRISH, Austen / BOYD, Kathryn Lee / KEITNER, Chimène, Panel : Challenging the Assumption of Equality : The Due Process Rights of Foreign Litigants in U.S. Courts, 5 *Santa Clara Journal of International Law* (2007), p.410.

DUBINSKY, Paul R., Is Transnational Litigation a Distinct Field ? The Persistence of American Exceptionalism in American Procedural Law, 44 *Stanford Journal of International Law* (2008), p.301.

DUNHAM, Catherine Ross, Zippo-ing the Wrong Way: How the Internet has Misdirected the Federal Courts in their Personal Jurisdiction Analyses, 43 *University of San Francisco Law Review* (2009), p. 559.

DUNLOP, Rory, Article 10, The Reynolds Test and the Rule in the Duke of Brunswick's Case - The Decision in Times Newspaper Ltd. V. United Kingdom, *European Human Law Review* 2006, 3, p. 327.

DUTOIT, Bernard, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^{ème} ed., Bâle 2005.

EDELMAN, Benjamin, Shortcomings and Challenges in the Restriction of Internet Retransmissions of Over-the-air Television Content to Canadian Internet Users (2001),

<http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/people/edelman/pubs/jump-091701.pdf> (dernière visite le 01.07.12).

EDWARDS, Lilian, The Scotsman, the Greek, the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace?, 8 (1) *Edinburg Law Review* (2004), p. 99.

EHRENSWEIG, Albert A., The Second Conflicts Restatement: A Last Appeal for Its Withdrawal, 113 *University of Pennsylvania Law Review* (1965), p. 1237.

ELY, John Hart, Choice of Law and the State's Interest in Protecting its Own, 23 *William and Mary Law Review* (1981), p.173.

FAGIN, Matthew, Regulating Speech Across Borders: Technology vs Values, 9 *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* (2003), p. 395.

FARAH, Youseph, Jurisdictional Aspects of Electronic Torts, in the Footsteps of Shevill Press Alliance SA, 11(6) Computer and Telecommunications Law Review (2005), p. 196.

FAWCETT, James / CARRUTHERS, Janeen M. / NORTH, Sir Peter, Cheshire, North and Fawcett's Private International Law, 14^{ème} ed., Oxford, 2008.

FITZGERALD, Brian, Negotiating 'American Legal Hegemony' in the Transnational World of Cyberspace, 21 Melbourne University Law Review (2003), p. 21ss.

FLOYD, C. Douglas / BARADARAN-ROBINSON, Shima, Towards an Unified Test of Personal Jurisdiction in an Era of Widely Diffused Wrongs: the Relevance of Purpose and Effects, 81 Indiana Law Journal, (2006), p. 601.

FREZZA, Bill, Where's all the outrage about the IPv6 Privacy thread? Internetweek 783, p.43, 1/2p, 1c (1999), <<http://www.ipv6.ru/russian/presscenter/press/ebsco/1.php>> (dernière visite le 01.07.12).

GARNETT, Nathan W., Dow Jones & Co v Gutnick: Will Australia's Long Jurisdictional Reach Chill Internet World-Wide?, 13 Pacific Rim Law and Policy Journal (2004), p.61.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, Compétence et exécution des jugements en Europe, 4^{ème} édition, Paris 2010.

GEIST, Michael A. Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction, 16 Berkeley Technology Law Journal (2001), p. 1345.

GILLIÉRON, Philippe, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, La Semaine Juridique II (2001), p. 181.

GLANVILLE, Jo, Our Libel Laws Shame Us, <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/libertycentral/2009/nov/10/libel-tourism-law-reform>> (dernière visite le 28.05.1).

GOLDSMITH, Jack / WU, Tim, Who Controls the Internet?: illusions of a borderless world, Oxford 2006.

GOLDSMITH, Jack, Against Cyberanarchy, 65 University of Chicago Law Review (1998), p. 1199ss.

GOLDSTEIN, Brooke / MYER, Aaron Eitan « Legal Jihad » : How Islamist Lawfare Tactics are Targeting Free Speech, 15 ILSA Journal of International and Comparative Law (2009), p. 395.

GOTTESMAN, Michael H., *Adrift in the Sea of Indeterminacy*, 75 *Indiana Law Journal* (2000), p. 527

GREENBERG, Mark H., *A return to Lilliput : The LICRA v. Yahoo Case and the Regulation of Online Content in the World Market*, 18 *Berkeley Technology Law Journal* (2003), p. 1191.

GRINGRAS, Clive, *The Laws of the Internet*, 2ème ed., London [etc.] 2003.

HARKINS JR., Robert M., *The Legal World Wide Web : Electronic Personal Jurisdiction in Commercial Litigation, or How to Expose Yourself to Liability Anywhere in the World with the Press of a Button*, 25 *Pepperdine Law Review* (1997), p. 451.

HART, Jonathan D., *Law of the Web : A field guide to Internet publishing*, 2003 ed., Denver Colo., 2003.

HARTLEY, Trevor C., "Libel Tourism" and Conflict of Laws, *International and Comparative Law Quarterly* 2010, 59(1), p.25 ; *Jurisdiction in Conflict of Laws : Disclosure, Third-Party Debt and Freezing Orders*, 126 *The Law Quarterly Review* (2010), p. 194; *Hartley on The Problem of Libel Tourism, Rome II and Defamation: Online Symposium*, <<http://conflictoflaws.net/2010/hartley-on-the-problem-of-libel-tourism/>> (dernière visite le 21.06.12).

HAY, Peter, *Law of the United States: an overview*, 2ème ed., Munich, 2005.

HAYWARD, Ruth, *Conflict of Laws*, 4ème ed., Cavendish, 2006.

HEIDERHOFF, Bettina : *Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime - Yes, Lex Fori, Please !*, *Rome II and Defamation: Online Symposium*, <<http://conflictoflaws.net/2010/heiderhoff-privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-yes-lex-fori-please/>> (dernière visite le 21.06.12).

HESTERMEYER, Holger P., *Personal Jurisdiction for Internet Torts, Towards an International Solution?* 26 *Northwestern Journal of International Law and Business* (2006), p. 267.

HOFMANN, David / LÜSCHER, Christian, *Le Code de procédure civile*, Berne, 2009.

HOLEY, Catherine L., *Dudnikov v. Chalk & Vermillion Fine Arts Inc. : Internet Based Minimum Contacts*, 34 *Oklahoma City University Law Review*, p. 219.

HORNLE, Julia, *The UK Perspective on the Country of Origin Rule in the E-Commerce Directive - A Rule of Administrative Law Applicable to Private Law Disputes*, 12 *International Journal of Law and Information Technology* (2004), p. 333.

HUET, André, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, in : CATALA, Pierre / SIMLER, Philippe [eds.], *Jurisclasseur Civil Code*, fasc. 20, 2002-

2009, LexisNexis ; Note sur l'arrêt Castellblanch c. Roederer, *Journal de Droit International* 3 (2004), p. 872.

IP2Location, Wireless Geolocation (HTML 5 Geolocation API) vs. IP Geolocation, <<http://www.ip2location.com/html5geolocationapi.aspx>> (dernière visite le 13.04.11).

JOHNSON, David R. / POST, David, Law And Borders--The Rise of Law in Cyberspace, 48 *Stanford Law Review* (1996), p. 1367.

JORDAN, Brid, Case Comment, John Alexis Mardas v. New York Times Company and John Alexis Mardas v. International Herald Tribune SAS, *Entertainment Law Review* 2009, 20(4), p. 161; The Modernisation of English Libel Laws and Online Publication, *Journal of Internet Law* 14 No. 7 (2011), p. 3.

JUENGER, Friederich K., Choice of Law and Multistate Justice, Special Edition, Ardsley N. Y., 2005 ; Choice of Law: How it Ought Not To Be, 48 *Mercer Law Review* (1997), p.757 ; A Shoe Unfit for Globetrotting, in: JUENGER, F. [ed.], *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley N.Y, 2001.

KADNER GRAZIANO, Thomas, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Basel, Genève, Bruxelles, Paris, 2004 ; Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, *Revue Critique de Droit International Privé* 97 (3) (2008), p. 445.

KAMPFNER, John, The laws that stain Britain's good name; Libel tourism isn't just a matter for the media elite. Freedom of speech for everyone is in danger, *The Times* (10.11.09), p.28.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, Mondialisation de la communication - mondialisation des litiges ?, in: BOELE-WOELKI Katharina / KESSEDJIAN, Catherine [eds.], *Law of Electronic Commerce, Vol 5: Which Court Decides, Which Law Applies ?*, p. 111.

KELLER, Moritz, Lessons for the Hague: Internet Jurisdiction in Contracts and Tort Cases in the European Community and the United States, 23 *John Marshall Journal of Computer and Information Law* (2004), p. 1.

KENDE, Mark S., Yahoo: National Borders in Cyberspace and their impact on International Lawyers, 32 *New Mexico Law Review* (2002), p. 1.

KESSEDJIAN, Catherine, Commentaire de la refonte du règlement num. 44/2001, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 47 (1) (2011), p. 117.

KIMBALL, Roger, Terrorizing Publishing, *The New York Sun* (10.04.08), p.9.

KING, Kevin F. Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy, the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies, 21 Albany Law Journal of Science and Technology (2011), p. 61.

KNOEPFLER, François / SCHWEIZER, Philippe / OTHENIN-GIRARD, Simon, Droit international privé suisse, 3^{ème} ed., Berne, 2005.

KNOEPFLER, François, Aspects de droit international privé, in TISSOT, Nathalie [ed.], Quelques facettes du droit de l'Internet, Vol. 1, Neuchâtel, 2001, p. 75.

KOHL, Uta, Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc. v. Gutnick, 52(4) International & Comparative Law Quarterly (2003), p. 1049.

KORZIEROK, Charles M., The TCP/IP Guide, San Francisco, 2005; une version gratuite de cet ouvrage est disponible à l'adresse suivante : <<http://www.tcpguide.com/free/index.htm>> (dernière visite le 30.06.12).

KUMAR, Sapna, Website Libel And the Single Publication Rule, 70 University of Chicago Law Review (2003), p. 639.

LAPRÈS, Daniel Arthur, L'exorbitante affaire Yahoo, Journal du Droit International 4 (2002), p. 975.

LARDEUX, Gwendolyne, Sources Extracontractuelles des Obligations - Détermination de la Loi applicable, in : CATALA, Pierre / SIMLER, Philippe [eds.], Jurisclasseur Civil Code, Art. 1370 à 1386, fasc. 10, LexisNexis, 2002-2009.

LAURIE, Ben, An Expert's Apology, <<http://www.apache-ssl.org/apology.html>> (dernière visite le 20.06.12).

LEFLAR, Robert, Conflicts Law: More on Choice Influencing Considerations, 54 California Law Review (1966), p. 1584.

LÉGIER, Gérard, Note sur l'arrêt Véritas, Journal de Droit International 3 (2007), p. 951.

LEGLER, Thomas, Le rôle des différents acteurs de l'Internet, in : DALLÈVES, Laure / BAGNOUD, Raphaël [ed.], Internet 2005, 2005, Cedidac.

LESSIG, Lawrence, Code and Other Laws of Cyberspace, New York 1999; The Zones of Cyberspace, 48 Stanford Law Review, p. 1403.

LEVI, Lili, The Problem of Trans-National Libel, 60 American Journal of Comparative Law p. 507.

MAC DONALD, Allison, *Youtubing Down the Stream of Commerce : Eliminating the Express Aim Requirement for Personal Jurisdiction in User Generated Internet Content Cases*, 19 *Albany Law Journal of Science and Technology* (2009), p. 519.

MAGALLÒN, Nerea, *Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation, Rome II and Defamation: Online Symposium*, <<http://conflictoflaws.net/2010/country-of-origin-versus-country-of-destination-and-the-need-for-minimum-substantive-harmonisation/>> (dernière visite le 12.05.11).

MAGNUS, Ulrich / MANKOWSKI, Peter [eds.], *Brussels I Regulation*, München 2007.

MAIER, Bernhard, *How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Internet?*, 18 *International Journal of Law and Information Technology* (2010), p. 142.

MAILLAND, Julien, *Freedom of Speech, the Internet, and the Costs of Control: the French Example*, 33 *New York University Journal of International Law and Politics* (2001), p. 1179.

MALTZ, Earl M., *Do Modern Theories of Conflicts of Law Work? The New Jersey Experience*, 36 *Rutgers Law Journal* (2005), p. 527.

MANARA, Cédric, *Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi*, *Dalloz* 1 (2011), p. 5.

MANOLOPOULOS, Andreas, *Raising Cyber-Borders, the Interaction between Law and Technology*, 11 *International Journal of Law and Information Technology* (2003), p. 40.

MANSFELD, Abbey L., *Cyber-Libeling the Glitterati: Protecting the First Amendment For Internet Speech*, 9 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* (2007), p. 897.

MAYER, Pierre / HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*, 9^{ème} ed., Paris, 2007.

MaxMind Inc, *IP Location and GeoIP Explained*, <<http://www.maxmind.com/app/ip-location-explained>> (dernière visite le 05.04.11).

MAYTAL, Itai, *Libel Lessons from Across the Pond: What British Courts can Learn from the United States' Chilling Experience with the "Multiple Publication Rule" in Traditional Media and the Internet*, 3 *Journal of International Media & Entertainment Law* (2010), p. 121.

MEEHAN, Kevin A., *The Continuing Conundrum of International Internet Jurisdiction*, 31 *Boston College International and Comparative Law Review* (2008), p. 345.

MILLS WADE, Angela, EPC on The Link between Brussels I and Rome II in Cases Affecting the Media, Rome II and Defamation: Online Symposium. <<http://conflictoflaws.net/2010/epc-on-the-link-between-brussels-i-and-rome-ii-in-cases-affecting-the-media/>> (dernière visite le 22.03.11).

MORTENSEN, Reid, Private International Law in Australia, Chatswood Australia, 2006.

MUELLER, Milton L., Ruling the root: Internet governance and the taming of cyberspace, Cambridge Mass., 2002.

MUIR-WATT, Horatia, Note sur l'arrêt Gordon Breach, La Semaine Juridique (édition générale) 37 (1997), p. 388 ; Loi applicable au délit complexe : quel rôle pour le principe de proximité ?, La Semaine Juridique (édition générale) 42 (1999), p. 1890 ; Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?, 24 Michigan Journal of International Law (2003), p. 679.

MULLIS, Alastair / SCOTT, Andrew, Something Rotten in the State of English Libel Law ? A Rejoinder to the Clamour for Reform on Defamation, Communication Law 14 (6), 2009, p. 173.

MURPHY, Caitlin T., International Law and the Internet: An Ill-Suited Match, 25 Hastings International and Comparative Law Review (2002), p. 405.

Neustar, Going Global with Geolocation, <<http://www.quova.com/wp-content/uploads/2012/01/IPintel-wp-going-global-eng.pdf>> (dernière visite le 08.04.2011).

NGUYEN, Titi, A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition, 19 Berkeley Technology Law Journal (2004), p. 519.

NYGH, P. E / DAVIES, Martin, Conflict of Laws in Australia, 7ème ed., Chatswood Australia [etc.], 2002.

OLIFER, Victor, Different Flavours of VPN: Technology and Applications., <<http://www.ja.net/documents/development/vpn/different-flavours-of-vpn-web.pdf>> (dernière visite le 13.06.12).

PARTLETT, David F., The Libel Tourist and the Ugly American: Free Speech in an Era of Modern Global Communications, 47 University of Louisville Law Review 47 (2009), p. 629-660.

PECH, Laurent, Conflit de lois et compétence des juridictions françaises, in: LE STANC, Christian (ed.), Jurisclasseur Communication, fasc. 3000, LexisNexis, 2006-2009.

PERDUE, Wendy Collins, Personal Jurisdiction and the Beetle in the Box, 32 Boston College Law Review, p. 529.

PERREAU-SASSINE, Louis, Les mal-aimés du règlement Rome II : Les délits commis par voie de média, *Daloz* 24 (2009), p. 1647 ; Perreau-Sassine on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation : Online Symposium, <<http://conflictflaws.net/2010/perreau-saussine-on-rome-ii-and-defamation/>> (dernière visite le 21.06.12).

PETROSSIAN, Emil, In Pursuit of the Perfect Forum : Transnational Forum Shopping in the United States and England, 40 *Loyola of Los Angeles Law Review*, p. 1257.

PFANNER, Eric, A Fight to Protect Americans From British Libel Law, *The New York Times*, 25.05.09, p. 3.

PIELEMIEER, James R, Choice of Law for Multistate Defamation – The State of Affairs as Internet Defamation Beckons, 35 *Arizona State Law Journal* (2003), p.55 ; Why General Personal Jurisdiction over « Virtual Stores » is a Bad Idea, 27 *Quinnipiac Law Review* (2009), p. 62.

POCAR, Franco, The New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, *Yearbook of Private International Law*, vol. 10 (2008), p. 1.

POSNAK, Bruce, The Restatement (Second), Some Not-So-Fine Tuning for a Restatement (Third): A Very Well Curried Leflar over Reese with Korn on the Side (Or Is It Cob?), 75 *Indiana Law Journal* (2000), p. 561.

QUÉMÉNER, Myriam, La loi num. 201-267 du 14 Mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) au regard des nouvelles technologies, *Communication-Commerce Électronique* (Mai 2011), p. 7.

REED, Alan, The Anglo-American Revolution in Tort Choice of Law Principles: Paradigm Shift or Pandora's Box ?, 18 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2001), p. 867.

REED, Chris, *Internet Law, Text and Materials*, 2ème ed., Cambridge [etc.] 2004.

REIDENBERG, Joël R, L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet, *Communication-Commerce Électronique* (Mars 2001), chron. 12; Technology and Internet Jurisdiction, 153 *University of Pennsylvania Law Review* (2004), p. 1951.

REIMANN, Mathias, Introduction : The Yahoo ! Case and Conflict of Laws in the Cyberage, 24 *Michigan Journal of International Law* (2003), p. 663.

REYMOND, Michel, The ECJ eDate Decision : A Case Comment, 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), p. 493.

REYNOLDS, William L., Legal Process and Choice of Law, 56 *Maryland Law Review* (1997), p. 1371.

RICHMAN, William M. / REYNOLDS William L., *Understanding the Conflicts of Laws*, New York; San Francisco Calif., 1984.

Roundtable Discussion, *Choice of Law : How it Ought to Be*, 48 *Mercer Law Review* (1997), p. 639.

SANTA-CROCE, Muriel, *Note sur l'arrêt Gordon Breach*, *Dalloz* 15 (1997), p. 178.

SCHULTZ, Thomas, *Carving Up the Internet, Jurisdiction, Legal Order, and the Private/Public International Interface*, 19 *European Journal of International Law* (2008), p. 799.

SCOLES, Eugene F. / HAY, Peter / BORCHERS, Patrick J. / SYMEONIDES, Symeon C., *Conflicts of Laws*, 5^{ème} ed., St. Paul Minn, 2010.

SÉDAILLIAN, Valérie, *Commentaire de l'affaire Yahoo!*, *Juriscom.net* vol. 2, <<http://lthoumyre.chez.com/chr/2/fr20010112.htm>> (dernière visite le 08.10.03).

SHAVITT, Yuvai / ZILBERMAN, Noa, *A study of Geolocation Databases*, arXiv:1005.5674v3, <<http://arxiv.org/abs/1005.5674v3>> (dernière visite le 12.06.12).

SHREVE, Gene R., *Interest Analysis as Constitutional Law*, 48 *Ohio State Law Journal* (1987), p. 51.

SMITH, Graham J. H, *Internet Law and Regulation*, 4^{ème} ed., London, 2007.

SMITH, Justin, *December Data on Facebook's US Growth by Age and Gender: Beyond 100 Million* <<http://www.insidefacebook.com/2010/01/04/december-data-on-facebook-s-us-growth-by-age-and-gender-beyond-100-million/>> (dernière visite le 08.04.2011).

SPANG-HANSEN, Henrik, *Cyberspace & International Law on Jurisdiction: Possibilities of Dividing Cyberspace into Jurisdictions with help of Filters and Firewall Software*, 2004, Copenhagen.

SPAMPATA, Nicholas R., *King Pennoyer Dethroned : A Policy Analysis Influenced Study of the Limits of Pennoyer v. Neff in the Jurisdictional Environment of the Internet*, 85 *Cornell Law Review* (2000), p. 1742.

STAVELEY-O'CARROLL, Sarah, *Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?*, 4 *New York Journal of Law & Liberty* (2009), p. 252-292.

STEWART, Bill, *The Living Internet, 2000-2010*, <<http://www.livinginternet.com>> (dernière visite le 12.06.2012).

STEWART, Margaret, *Forum Non Conveniens : A Doctrine in Search of a Role*, 76 *California Law Review* (1986), p.1259.

STEUER, Daniel, The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: the Continuing Utility of International Shoe, and the Misuse and Ineffectiveness of Zippo, 74 *University of Colorado Law Review* (2003), p.319.

STRAVITZ, Howard B., Personal Jurisdiction in Cyberspace : Something More is Required in the Electronic Stream of Commerce, 49 *South Carolina Law Review*, p. 925.

STREET, F. Lawrence / GRANT, Mark P., *Law of the Internet*, Charlottesville 2001-2009.

SVANTESSON, Dan Jerker B., *Private International Law and the Internet*, Alphen aan den Rijn, 2007.

SYMEONIDES, Symeon C., *The American Choice of Law, Past, Present, and Future*, Leiden 2006; *The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as its Reputation ?* 32 *Southern Illinois University Law Journal* (2007), p. 32 ; *Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey*, 59 *American Journal of Comparative Law* (2011), p. 303ss.

Systemos Inc, Inside Blog Demographics, <<http://www.systemos.com/reports/bloggers/>> (dernière visite le 08.04.11).

TREPOZ, Edouard, Note sur les arrêts Gep et l'Oreal, *Revue Critique du Droit International Privé* 97 (2) (2008), p. 322.

TIMOFEEVA, Yulia A., *Worldwide Prescriptive Jurisdiction In Internet Content Controversies: A Comparative Analysis*, 20 *Connecticut Journal of International Law* (2005), p. 199.

USUNIER, Laurence, Note sur l'arrêt Delticom AG c. Sté Pneus Online Suisse, *Journal du Droit International* 3 (2010), p. 870.

VAN DETTA, Jeffrey A. / KAPOOR, Shiv K., *Extraterritorial Jurisdiction for the Twenty First Century: A Case Study Reconceptualizing the Typical Long-Arm Statute to Codify and Redefine International Shoe After it's First Sixty Years*, 3 *Seton Hall Circuit Review* (2007), p. 339.

VAN ENIS, Quentin, *Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du Times devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 37 *Revue du Droit des Technologies de l'Information* (2009), p. 94.

VAN BEIJNUM, Iljitsch, *Everything you need to know about IPv6*, <<http://arstechnica.com/hardware/news/2007/03/IPv6.ars/>> (dernière visite le 28.05.11).

VERBIEST, Thibault / WÉRY, Etienne, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles 2001.

VERBIEST, Thibault, Responsabilités sur Internet: Loi Applicable et Jurisdiction Compétente (2000), <<http://www.droit-technologie.org/actuality-365/responsabilites-sur-internet-loi-applicable-et-jurisdiction-competent.html>> (dernière visite le 21.03.11).

VICK, Douglas W. / MACPHERSON, Linda, Anglicizing Defamation Law in the European Union, 36 Virginia Journal of International Law (1996), p. 933.

VIGNAL, Thierry, Droit international privé, 2005, Paris, 2005.

VIVANT, Michel, Le commerce électronique, défi pour le juge, Dalloz 10 (2003), p. 674.

VON HEIN, Jan, Von Hein on Rome II and Defamation, Rome II and Defamation: Online Symposium, <<http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/>> (dernière visite le 21.06.12).

VON MEHREN, Arthur T. / TRAUTMAN, Donald T., Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis, 9 Harvard Law Review (1966), p. 1122.

VUITTON, Xavier, Ebay Condamné Pour Vente de Produits Contrefaits, La Semaine Juridique (édition générale) 41 (2008), p. 34.

WALSH, John J., The Myth of « Libel Tourism », New York Law Journal, 20.11.2007. Disponible à l'adresse suivante : <<http://www.clm.com/publication.cfm?ID=177>>

WATSON, Jonathan, What Price Free Speech ? The Scandal of England's Libel Laws, IBA Global Insight (Juin 2010), p. 14.

WEBER, Johannes, Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/7.

WERLEY, Brian P., Aussie Rules : Universal Jurisdiction over Internet Defamation, 18 Temple International and Comparative Law Journal (1999), p.199.

WEILL, A., Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle, in: Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome I, Paris 1960, p. 545.

WEINBERG, Louise, A Structural Revision of the Conflicts of Law, 75 Indiana Law Journal (2000), p. 475.

WEINSTEIN, James, The Federal Common Law Origins of Judicial Jurisdiction : Implications for Modern Doctrine, 90 Virginia Law Review (2004), p. 169.

WEINTRAUB, Russel J., Commentary on the Conflicts of Laws, 4ème ed., New York, 2001; « At Least, To Do No Harm », Does the Second Restatement Meet the Hippocratic Standard ?, 56 Maryland Law Review (1997), p. 1284.

WisegEEK, What is the Slashdot Effect?, <<http://www.wisegEEK.com/what-is-the-slashdot-effect.htm>> (dernière visite le 08.04.11).

WOLF, Christopher, A Comment on Private Harms on the Cyber World, 62 *The Washington and Lee Law Review*, p. 335-364.

WOOD, Lori A., Cyber-Defamation and the Single Publication Rule, 81 *Boston University Law Review* (2001), p. 895.

WYANT, Michelle A., Confronting the Limits of the First Amendment : A Proactive Approach for Media Defendants Facing Liability Abroad, 9 *San Diego International Law Journal* (2008), p. 367.

YOKOYAMA, Dennis T., You Can't Always Use the Zippo Code : The Fallacy of an Uniform Theory of Uniform Internet Jurisdiction, 54 *DePaul Law Review*, p. 1147.

YOUM, Kyu Ho, Liberalizing British Defamation Law : A Case of Importing the First Amendment ?, 13 *Communication Law and Policy* (2008), p. 415.

WOLVERTON, Troy / PELLINE, Jeff, Yahoo to Charge Fees, Ban Hateful Material. CNET News, 02.01.01, <<http://news.cnet.com/2100-1017-250452.html>> (dernière visite le 20.06.12).

Table des matières

Remerciements	VII
Préface	IX
Sigles et abréviations	XIII
Sommaire	XXI
Chapitre 1^{er} : Introduction	1
Section I La problématique de la diffamation par Internet	1
§ I. L'affaire Mahfouz v. Ehrenfeld	1
A) Une procédure anglaise pour un ouvrage américain	1
B) Réactions suite au jugement anglais	2
§ II. Formulation et enjeux de la problématique	4
A) Rencontre entre le droit international privé et Internet	5
B) Rencontre entre le droit international privé et le droit des atteintes à la personnalité	6
Section II Objectif, structure et champ de l'exposé	9
§ I. Objectif et méthode	9
§ II. Champ de l'exposé	10
§ III. Plan	11

Chapitre 2^{ème} : Internet, spécificités et mode de publication 15

Section I Introduction et plan	15
Section II Présentation du réseau Internet	16
§ I. Définition et caractéristiques	16
A) Ubiquité	16
B) Décentralisation	16
C) Absence d'identité géographique	17
§ II. Présentation des principaux acteurs	18
A) Fournisseurs de contenu	18
B) Fournisseurs d'hébergement	18
C) Fournisseurs d'accès à Internet (FAI)	19
D) Moteurs de recherche	20
E) Usagers	20
§ III. Aspects techniques	21
A) Internet Protocol (IP)	21
1) Notion	21
2) Carences de l'IP en tant qu'outil d'identification géographique	22
B) Noms de domaines, Domain Name System (DNS) et Universal Resource Locator (URL)	23
1) Notion	23
2) Structure d'une URL	25
3) Top Level Domain (TLD)	25
4) Carences du DNS en tant qu'outil d'identification géographique	27
Section III Le mode de publication par Internet	27
§ I. Caractéristiques et spécificités du mode de publication par Internet	28
A) Ubiquité, instantanéité et multiplicité	28
B) Absence de moyens de contrôle	28
C) Absence de barrière à l'entrée	29
§ II. Conclusion : une analogie difficile entre Internet et les autres médias	30
Section IV Géolocalisation, filtrage et territorialisation d'Internet : l'arrivée de frontières virtuelles sur le réseau ?	31
§ I. Généralités sur la territorialisation d'Internet	31
A) Notion	31
B) Les différents types de géolocalisation	33

1)	La géolocalisation par identification de l'IP	33
2)	La géolocalisation par triangulation GPS et WiFi	34
3)	La géolocalisation indirecte	35
C)	Rôle et attrait de la géolocalisation	36
1)	Fonction positive	36
2)	Fonction négative	37
3)	Fonction statistique	37
D)	Enjeux pour notre problématique	37
§ II.	L'identification géographique par la voie de l'IP	38
A)	Notion et fonctionnement	38
B)	Les services d'identification	39
1)	Haut de gamme	39
2)	Milieu de gamme	40
3)	Solutions gratuites	41
4)	La géolocalisation ouverte à tous ?	42
C)	Fiabilité	42
1)	Imprécision inhérente à l'identification de l'adresse IP	43
2)	Imprécision due à aux IP mensongères	44
3)	Conclusion : une fiabilité encore imparfaite	45
D)	L'IPv6 et le futur de la géolocalisation par IP	46
1)	Notion	46
2)	Effet sur la géolocalisation	47
§ III.	La géolocalisation comme remède partiel au manque de repères géographiques sur le réseau	48

Chapitre 3ème : L'Angleterre

51

Section I Introduction

51

§ I.	L'Angleterre, capitale du forum shopping ?	51
§ II.	Plan et délimitation de la matière	53

Section II Compétence

54

§ I.	Introduction	54
§ II.	Règles de base	54
A)	Le domicile du défendeur	56
B)	Le lieu du délit	56
1)	Le lieu de l'acte générateur	57
2)	Le lieu du résultat	57

§ III. Le critère de l'accessibilité	59
A) Notion	59
B) Les origines du critère: l'arrêt Gutnick v. Dow Jones	60
1) Contexte du litige	60
2) Arguments avancées devant la High Court of Australia	61
3) Fixation du lieu de la publication au lieu du téléchargement	62
4) Rejet des arguments fondés sur l'ubiquité d'Internet.	62
5) Rejet de la publication au lieu du serveur	65
6) Commentaires sur l'arrêt	65
C) Reprise anglaise du critère de l'accessibilité : l'arrêt Lewis v. King	67
1) Contexte du litige	67
2) L'arrêt de la Court of Appeal	68
3) Commentaires sur l'arrêt	69
§ IV. La limite de l'abuse of process	71
A) Origines de la limite : l'arrêt Dow Jones v. Jameel	71
1) Contexte du litige	71
2) L'arrêt de la Court of Appeal	72
B) Portée de la limite : l'arrêt Mardas v. New York Times	74
1) Contexte du litige	74
2) L'arrêt de la High Court of Justice	75
§ IV. Conclusion : un large pouvoir juridictionnel	76
Section III Forum non conveniens	77
§ I. Notion	77
A) Distinction entre le forum non conveniens proprement dit et le forum conveniens	78
B) Exclusion du système européen	79
§ II. Confrontation entre la doctrine du forum non conveniens et Internet : l'arrêt Lewis v. Don King	79
A) Contexte du litige	79
B) L'arrêt de la Court of Appeal	80
§ III. Autres applications jurisprudentielles de la doctrine du forum non conveniens	82
§ IV. Conclusion : une limite sous-exploitée dans la pratique	84
Section IV Droit applicable	85
§ I. La règle de la double actionability	85
§ II. Application à la problématique et prééminence de la lex fori	86
Section V Conclusion sur le droit positif anglais	87

Section VI Perspectives d'avenir : le processus de réforme du droit anglais de la diffamation	88
§ I. "Free Speech is not for sale": le rapport du mouvement réformateur	88
§ II. Le rapport du Libel Working Group	89
A) Gravité du libel tourism et nécessité de la réforme	89
B) Les propositions du Libel Working Group	90
§ III. La Draft Defamation Bill	92
§ IV. Conclusion : la compétence anglaise vers l'adoption d'une autre approche ?	93
§ V. Excursus : l'abandon de la multiple publication rule dans le processus de révision du droit anglais de la diffamation	94

Chapitre 4^{ème} : Les États-Unis **95**

Section I Introduction	95
§ I. Un État victime du forum shopping	95
§ II. Plan et délimitation de la matière	95
§ III. Quelques précisions préliminaires sur le droit international privé américain	96

Section II Compétence	97
§ I. Introduction	97
§ II. Règles de base	97
A) Sources des règles de compétence	97
B) Chefs de compétence dits traditionnels	98
C) Chefs de compétence dits contacts-based	99
1) Notion	99
2) L'analyse des minimum contacts	100
3) L'effects test	102
4) La single publication rule	103
§ III. Généralités sur la jurisprudence américaine en matière d'Internet	104
§ IV. L'Inset test	105
§ V. Le Zippo test	107
A) Notion	107
B) L'arrêt Zippo v. Zippo	108
1) Contexte du litige	108
2) L'arrêt de la District Court	108
C) Caractéristiques du Zippo test	109
1) L'interactivité technique comme étalon de mesure	109
2) L'échelle entre sites passifs et sites actifs	110

3) Relation entre l’interactivité et la survenance des contacts	111
D) Carences et évolution	114
1) Critiques	114
2) Du Zippo test au targeting test	115
§ VI. Le targeting test	115
A) Notion	115
B) Développement et rôle du targeting test	116
1) Zippo test plus	117
2) Effects test et effects plus targeting	118
C) Critères généraux formant le targeting test	120
D) Critères formant le targeting test en matière de diffamation : l’arrêt Young v. New Haven Advocate et la focalisation expresse	122
1) Contexte du litige	122
2) L’arrêt de la District Court de Virginie	123
3) L’arrêt de la Court of Appeals du Fourth Circuit	123
4) Le critère de la focalisation expresse	124
E) Adoption et emploi de la focalisation expresse dans la jurisprudence américaine	125
F) Commentaires sur la jurisprudence ayant trait au targeting test	129
§ VII. Conclusion : un foisonnement d’idées et de solutions	130
Section III Forum non conveniens	130
§ I. Notion	130
§ II. Le forum non conveniens américain et Internet : une doctrine ignorée	132
Section IV Droit applicable	133
§ I. Introduction	133
A) Aperçu des règles de conflit américaines	133
B) Plan et délimitation de la matière	135
§ II. Application de la loi du domicile commun des parties	135
§ III. Présomption pour la loi du domicile du demandeur : la règle du Second Restatement	136
A) Notion	136
B) Le domicile du demandeur dans la jurisprudence américaine	137
§ IV. Conclusion : une source d’inspiration ponctuelle	138
Section V Conclusion sur le droit américain	138
 Chapitre 5^{ème} : la France	 141

Section I Introduction	141
Section II Compétence	141
§ I. Introduction	141
A) La compétence française sous le coup de l'hésitation jurisprudentielle	141
B) Plan et délimitation de la matière	142
§ II. Règles de base	142
A) Les art. 42 et 46 du CPC	144
B) Jurisprudence traditionnelle : le critère de l'accessibilité	144
§ III. L'affaire Yahoo !	145
A) Introduction	145
B) Contexte du litige	146
C) Les ordonnances Yahoo ! et l'exercice de la compétence du tribunal français	147
1) Justification de la compétence par l'accessibilité	147
2) Emploi subséquent d'éléments de targeting	148
3) Commentaires : une dualité d'interprétations	149
D) L'affaire Yahoo ! et la géolocalisation par Internet	150
E) L'après Yahoo !	152
F) Conclusion : un leading case peu loquace	153
§ IV. Le critère de l'accessibilité de la Cour de Cassation	154
A) Origines	154
B) L'arrêt Castellblanch v. Roederer	154
1) Contexte du litige	154
2) L'arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation	155
C) Affaiblissement subséquent du critère	156
1) La jurisprudence Boss : le fond au secours du DIP ?	156
2) Une Cour scindée en deux : la dissidence de la chambre commerciale	158
D) Conclusion : Un critère voué à la disparition ?	159
§ V. Le targeting test de la Cour d'Appel de Paris	160
A) Origines	160
B) L'arrêt Normalu	161
§ VI. Contours et critères du targeting test français : l'analyse du lien essentiel au travers de la jurisprudence	162
A) Caractéristiques structurelles du site	162
1) La langue	162
2) Le référencement	164
3) Choix du Top Level Domain	164

B.	Examen de la portée géographique voulue par l'exploitant d'un site Internet	166
1)	Sites commerciaux : l'étalon de l'impact économique	166
2)	Sites non commerciaux : les dangers d'un examen trop porté sur l'intentionnalité	168
§ VII.	Conclusion : l'hésitation française en tant que source d'inspiration	170
Section III	Droit applicable	170
§ I.	Introduction	170
§ II.	Règles de base	171
§ III.	Application de la lex fori	171
Section IV	Conclusion sur le droit français	172
Chapitre 6^{ème}	la Suisse	173
Section I	Introduction	173
§ I.	Une source secondaire d'inspiration	173
§ II.	Plan et délimitation de la matière.	173
Section II	Compétence	174
§ I.	Introduction	174
§ II.	Compétence suisse en matière délictuelle : l'article 129 LDIP	174
A)	Domicile du défendeur	175
B)	Lieu du délit	175
1)	Compétence du tribunal au lieu de l'acte délictuel	175
2)	Compétence du tribunal du lieu du résultat	176
§ III.	Conclusion : des propositions au-delà du targeting test classique	177
Section III	Droit applicable	178
§ I.	Introduction	178
§ II.	Le rattachement commun de l'art. 133 al. 1	178
§ III.	L'art. 139 al. 1 LDIP : le droit applicable en cas d'atteinte à la personnalité par voie de médias	179
§ IV.	L'exception des liens les plus étroits	181
§ V.	Conclusion : le modèle Suisse comme source d'inspiration	181
Section IV	Conclusion sur la Suisse	181

Chapitre 7^{ème} : Droit communautaire

183

Section I Introduction	183
Section II Compétence	184
§ I. Introduction	184
§ II. Règles de base	184
§ III. Le lieu du fait dommageable en matière de diffamation : l'arrêt Shevill	185
A) Contexte du litige	185
B) Localisation du dommage	186
C) Qualification juridique du dommage	187
§ IV. Adaptation de la structure de Shevill au mode de publication d'Internet	188
A) Lieu de l'acte générateur : établissement du défendeur	189
B) Lieu du résultat : accessibilité ou targeting ?	189
1) Arguments en faveur du critère de l'accessibilité	189
2) Arguments en faveur de l'emploi du targeting test	190
3) Conclusion	192
C) Le principe de la mosaïque	192
D) Conclusion	193
§ V. La nouvelle jurisprudence communautaire : l'arrêt eDate	194
A) Contexte des litiges	194
B) Le jugement de la Cour de Justice	194
1) Nature et spécificité de la publication par Internet	195
2) Nouveau for situé au lieu du centre des intérêts de la victime	197
3) Maintien des fors traditionnels et rejet du targeting	198
C) Conclusion	199
§ VI. Le processus de révision du règlement Bruxelles I	199
A) Introduction	199
B) Le processus de consultation	200
C) La proposition de règlement révisé de la Commission Européenne	201
D) Le projet de rapport de la Commission Juridique du Parlement Européen	202
E) Conclusion	202
§ VII. Le targeting test de la CJUE en matière de contrats de consommation : l'arrêt Pammer	203
A) Introduction	203
B) Contexte du litige	203
C) Etablissement d'un targeting test	204
§ VIII. Conclusion sur la compétence	206
	359

Section III Droit applicable	207
§ I. Introduction.	207
A) Le règlement Rome II et les atteintes à la vie privée. Une impasse législative ?	207
B) Plan et délimitation de la matière.	208
§ II. Aperçu du système du règlement Rome II	209
A) Généralités	209
B) Le rattachement général de l'article 4	210
1) Lex damni	210
2) Exception en faveur de la loi du lieu de la résidence habituelle commune des parties	210
3) Clause échappatoire	210
§ III. L'exclusion des atteintes à la vie privée et à la personnalité du cadre de Rome II	211
A) Les propositions de la Commission	211
1) La loi de la résidence habituelle du demandeur	211
2) Application de l'art. 4 et lex damni	212
B) La proposition du Parlement Européen : partie significative du dommage et rattachements secondaires	213
C) Blocage, exclusion et renvoi	215
§ IV. Développements subséquents au sein des organes communautaires et dans la doctrine internationale	216
A) Le rapport Mainstrat	216
1) Nécessité d'une harmonisation des règles de conflit à l'échelle européenne	216
2) Fragmentation des conceptions et des solutions internes	217
3) Rejet des règles de conflit proposées	218
4) Proposition d'un nouveau modèle double	219
B) Le document de travail du Parlement Européen	220
1) Nécessité d'une solution	220
2) Impossibilité d'une harmonisation par le fond	221
3) Propositions de règles de conflit	221
4) Prise en compte des spécificités d'Internet	222
C) Les propositions de la doctrine : le symposium en ligne « Rome II and Defamation »	222
D) Conclusion	224
§ V. L'arrêt eDate	225
A) Rappel du contexte	225
B) La question soumise à la Cour de Justice	226
C) Prééminence du droit de l'établissement du prestataire de service	227
§ VI. La proposition d'amendement du Parlement Européen	228
§ VII. Conclusion : blocage, ou opportunité ?	230

Section IV Conclusion sur le droit européen	231
--	------------

Chapitre 8^{ème} : Mise en commun **233**

Section I Introduction	233
-------------------------------	------------

Section II Compétence	233
------------------------------	------------

§ I. Remarques préliminaires	233
§ II. Maintien des chefs de compétence traditionnels	234
A) Domicile du défendeur	234
B) Lieu du fait dommageable	234
1) Lieu de l'acte générateur	235
2) Lieu du résultat	235
3) Etendue du dommage	236
4) Rejet des solutions plus radicales ?	237
§ III. Assouplissement des conditions de l'attribution de la compétence au lieu du résultat	238
A) Le critère traditionnel de l'accessibilité	238
B) Limites juridictionnelles	239
1) L'abuse of process	239
2) Le Zippo test	240
3) Le targeting test	240
4) Forum non conveniens	242
5) Prise en compte des technologies de géolocalisation	243
§ IV. Synthèse	243

Section III Droit applicable	244
-------------------------------------	------------

§ I. Remarques préliminaires	244
§ II. Pluralité des solutions, et absence de consensus.	245
§ III. Eléments ponctuels de convergence	246
A) L'exception en faveur de domicile ou de la résidence habituelle commune des parties	247
B) L'exception en faveur de la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige	247
§ IV. Synthèse	248

Section IV Synthèse générale : une asymétrie de solutions entre le domaine de la compétence et celui des règles de conflit de droit applicable	249
---	------------

Chapitre 9^{ème} : Partie analytique **252**

Section I Compétence	252
§ I. Introduction	252
§ II. Lieu de l'acte générateur	252
§ III. Lieu du résultat	254
A) Introduction	254
B) Le critère de l'accessibilité	255
1) Notion	255
2) Points forts	256
a) Simplicité et efficacité	256
b) Protection des victimes	257
3) Points faibles	257
a) Compétence universelle et absence de critères déterminatifs	257
b) Risques de forum shopping	259
c) Manque de prévisibilité pour le défendeur	260
d) Danger pour la liberté d'expression sur Internet	261
4) Réfutation des arguments en faveur du critère de l'accessibilité	262
a) Le remède de l'exécution	263
b) Nécessité d'une réputation pour fonder le dommage	265
c) Filtrage par emploi de technologies de géolocalisation	266
5) Conclusion	271
C) Le Zippo test	272
1) Notion	272
2) Un standard imprécis	273
3) Un standard inadapté à l'évolution d'Internet	274
4) Un standard inadapté aux atteintes à la personnalité	275
5) Conclusion	276
D) Le targeting test	277
1) Notion	277
2) Points forts : un test flexible, équitable, et adapté à Internet	278
3) Points faibles	279
a) Formulation imprécise et pluralité d'interprétations	279
b) Un test ignorant l'effet des atteintes illicites	281
4) Conclusion : besoin d'une typologie	281
E) Elaboration d'une typologie du targeting test	282
1) Rappel des spécificités américaines, françaises et européennes	282
2) Exemple d'une codification de targeting test : la recommandation commune de l'OMPI sur la protection des marques par Internet	284

a)	Introduction	284
b)	L'indice de la conduite commerciale générale.	285
c)	L'indice de l'activité commerciale conduite par Internet	285
d)	Éléments structurels du site Internet	286
e)	Structure du test et pertinence des facteurs	287
3)	Discussion de droit comparé et typologie en trois points	287
a)	Test objectif, ou subjectif ?	287
b)	Critères de mesure	290
c)	Le <i>targeting test</i> face aux spécificités de la diffamation	291
4)	Typologie résumée du <i>targeting test</i>	292
F)	Proposition de <i>targeting test</i>	293
1)	Test objectif, ou subjectif ?	293
a)	Le <i>targeting test</i> subjectif	293
b)	Le <i>targeting test</i> objectif	294
c)	Solution : un test pris sous l'angle de l'objectivité	295
2)	Critères d'analyse : découpage en une structure triple d'indices	296
3)	Indices généraux	296
a)	Nombre de visites	296
b)	Langue du site	298
c)	Référencement	300
d)	Choix du Top Level Domain	303
e)	Emploi d'outils de géolocalisation et examen du filtrage juridictionnel	304
f)	Contenu général du site	305
4)	Indices commerciaux	305
a)	Fourniture directe de biens ou de services	306
b)	Rejet du Zippo test	307
c)	Publicités	307
d)	Activité commerciale extérieure	308
5)	Indices propres à la diffamation	309
a)	Étendue de la réputation de la victime	309
b)	Contenu matériel de la diffamation	311
6)	Conclusion : un modèle de <i>targeting test</i> consolidé	312
F)	Étendue des dommages	315
§ IV.	Autres solutions	316
A)	Lieu de situation du serveur	317
B)	Lieu du domicile ou de la résidence habituelle du demandeur	317
C)	Lieu du point focal du dommage	319

Section II Droit Applicable	320
§ I. Introduction	320
§ II. Points de rattachements	321
A) Lex loci delicti / lex damni	321
B) Loi de la résidence habituelle de la victime	323
C) Loi du lieu de l'établissement du fournisseur de contenu	325
D) Règle de conflit au choix du demandeur	325
E) Lex fori	327
§ III. Exceptions	328
A) Exception en faveur du domicile commun ou de la résidence habituelle commune des parties	328
B) Exception en faveur de la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige	329
§ IV. Nécessité préalable d'une réponse stable au niveau de la compétence judiciaire	330
Chapitre 10^{ème} : Conclusion	333
Bibliographie	335
Table des matières	351



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Droit international

- Reymond Michel* 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité
- Palaco Caballero de María Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international
- Grignon Julia* 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire
- Bulak Begüm* 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme
- Johannot-Gradis Christiane* 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?
- Chatton, Gregor T.* 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels
- Ludwiczka, Maria* 2013
La délégation internationale de la compétence pénale
- Petry, Roswitha* 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations
- Redalié, Lorenzo* 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire
- Tran, Laurent* 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes
- Daboné, Zakaria* 2012
Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques
- Lessène, Ghislain Patrick* 2012
Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention
L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone

Michalak, Katarzyna 2012

La protection du handicapé mental
en droit de la sécurité sociale
Etude de droit international et comparé
(droit européen, polonais et suisse)

Zouré, Théophile Noël 2012

Le commerce des produits agricoles dans
le droit de l'OMC

Collection générale

Dan Adrian 2015

Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Kaveh Mirfakhraei 2014

Les indemnités de fin de contrat dans
le contrat d'agence et le contrat de distri-
bution exclusive

Sigrist, Alexandra 2013

Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012

Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012

L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011

L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011

Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010

Le transfert de technologie en droit
communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010

L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010

Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

*François Bellanger /
Jacques de Werra (éd.)* 2012

Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion
du Congrès 2012

Foëx, Bénédicte / Jeandin, Nicolas (éd.) 2011

Le Code de procédure civile
Aspects choisis

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade Rita / Peter Henry /
Bovet Christian (éd.)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manaï

Marchand Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (Éd.)* 2013
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Monnier Victor / 2009
Quastana François (éd.)
Paoli, la Révolution Corse et les Lumières
Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées
en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx Bénédicte / Hottelier Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube
du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / 2013
Winiger, Bénédicte (éd.)
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / 2011
Winiger, Bénédicte (éd.)
La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / 2009
Winiger, Bénédicte (éd.)
La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédicte 2009
La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008
La responsabilité civile européenne
de demain / Europäisches Haftungsrecht
morgen
Projets de revision nationaux et principes
européens / Nationale Revisionsentwürfe
und europäische Haftungsprinzipien.
Colloque international à l'Université de
Genève

Cet ouvrage concerne deux défis qui secouent actuellement le droit international privé. D'une part, il traite d'actes illicites plurilocalisés commis par le biais du réseau Internet, dont l'ubiquité a su remettre en question le bien-fondé des règles traditionnelles de ce domaine ancré sur le principe de la territorialité. De l'autre, il concerne les atteintes à la personnalité, plus particulièrement la diffamation, sujet controversé sur lequel les Etats peinent à trouver un consensus, comme le démontre leur exclusion du Règlement Européen 864/2007 (Rome II) sur le droit applicable aux obligations non-contractuelles.

Partant du constat que le mode de publication d'Internet - transfrontalier et ouvert à tous - nécessite une adaptation des règles actuelles de droit international privé, le travail, sur la base d'une analyse comparée, parvient à la proposition d'un test de la focalisation (*targeting test*) venant qualifier et tempérer l'ouverture systématique d'un for au lieu de l'accessibilité d'un site présent sur le World Wide Web.

Le travail met également le doigt sur la profonde synchronie existant entre le domaine de la compétence et celui du droit applicable dans ce sujet particulier, et examine plusieurs règles de conflit proposées lors des travaux législatifs communautaires en la matière.

ISBN 978-3-7255-8532-8



www.schulthess.com