



COMMISSION EUROPEENNE

Bruxelles, le 19 juillet 2012

SJ.G (2012) 1046752

A MONSIEUR LE PRESIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

OBSERVATIONS ECRITES

Déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, par la

COMMISSION EUROPEENNE, représentée par Mme Anne-Marie ROUCHAUD-JOET, son conseiller juridique, en qualité d'agent, et ayant élu domicile auprès de Mr Antonio ARESU, également conseiller juridique de la Commission Européenne, bâtiment BECH, 2 721 Luxembourg

Dans l'affaire C-170/12

Pinckney c/KDG MEDIATECH AG

Ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée, en vertu de l'article 267 TFUE, par la Cour de Cassation (France), et portant sur l'interprétation de l'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 12 du 16/1/2001, p 1).

TABLE DE MATIERES

I.	FAITS ET PROCEDURE	3
II.	LE DROIT APPLICABLE.....	5
	A. Le règlement n°44/2001 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après "Le règlement")	5
	B. La directive la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après "la directive").....	6
III.	ANALYSE JURIDIQUE.....	8
	A. Observations préliminaires	8
	B. Réponse à la question	9
	1) Application de l'article 5.3 dans un litige portant sur la violation du droit de reproduction de l'œuvre de Mr Pinckney.....	9
	<i>a. Le lieu du fait générateur du dommage</i>	10
	<i>b. Le lieu de réalisation du dommage</i>	10
	2) Application de l'article 5, point 3, à l'encontre de KDG MEDIATECH AG en tant que participante à une violation du droit de distribution de l'œuvre de Mr Pinckney	14
	3) Application de l'article 5, point 3, dans un litige portant sur la violation alléguée d'un droit de distribution.....	15
	1. sur la recevabilité de ce volet de la question	15
	2. sur le fond de ce volet de la question.....	15
	a. le lieu du fait générateur du dommage	16
	b. le lieu de réalisation du dommage	17
	Origine de la problématique	17
	La jurisprudence de la Cour de Justice en matière de dommages via Internet.....	19
	Définitions possibles du "lieu" où le dommage s'est produit ou risque de se produire au sens de l'article 5, point 3, du règlement.	20
	PROPOSITION DE REPONSE	29

I. FAITS ET PROCEDURE

1. Mr Peter Pinckney, membre du groupe Aubrey Small, est l'auteur-compositeur et l'interprète de douze chansons enregistrées sur disque vinyle. Il a découvert, semble-t-il fortuitement, que ses chansons ont été reproduites sans son autorisation sur des compact disc (CD) pressés en Autriche par la société autrichienne KDG MEDIATECH AG.
2. Ces CD ont été ensuite commercialisés par les sociétés britanniques CRUSOE et ELEGY sur divers sites internet accessibles par Mr Pinckney depuis son domicile à Toulouse, France.
3. Mr Pinckney a saisi le Tribunal de Grande Instance de Toulouse d'une demande contre KDG MEDIATECH AG, en vue de l'octroi de dommages-intérêts en réparation de la reproduction illégale de son album sur CD. Par ordonnance du 14 février 2008, le Juge de la Mise en Etat du Tribunal de Grande Instance de Toulouse a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par KDG MEDIATECH AG.
4. Le Juge de la Mise en Etat a estimé qu'il était saisi en matière de responsabilité délictuelle au sens de l'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après "le règlement")¹. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris imposant de rechercher et de caractériser au cas par cas, dans les cas de contrefaçon par voie de l'Internet, un lien suffisant substantiel ou significatif entre ces faits et le dommage allégué, il a estimé que le seul fait que Mr Pinckney aie pu acheter depuis son domicile français, sur un site internet accessible au public français, le CD en question, lequel n'est pas commercialisé directement mais seulement pressé par la société KDG MEDIATECH AG, suffit à établir le lien justifiant la compétence du juge de fond toulousain.
5. Par arrêt du 21 janvier 2009, la Cour d'Appel de Toulouse a infirmé l'ordonnance frappée d'appel par KDG MEDIATECH AG. Elle a estimé que les tribunaux français ne pouvaient être compétents en vertu du règlement, ni sur le fondement de l'article 2, KDG

¹ JO L 12 du 16.01.2001.

MEDIATECH AG ayant son domicile en Autriche, ni sur la base de l'article 5, point 3, dès lors que, d'une part, le fait générateur (le pressage du CD) se serait produit en Autriche, et, d'autre part, le dommage ne pourrait se produire en France que si l'infraction alléguée avait concerné le droit de distribution de Mr Pinckney.

6. A la suite du pourvoi formé par Mr Pinckney, la Cour de Cassation a rendu son arrêt le 5 avril 2012. Elle a posé à la Cour de Justice les questions suivantes:

1) *L'article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale, doit-il être interprété en ce sens qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur commise au moyen de contenus mis en ligne sur un site internet,*

– *la personne qui s'estime lésée a la faculté d'introduire une action en responsabilité devant les juridictions de chaque Etat membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été, à l'effet d'obtenir réparation du seul dommage causé sur le territoire de l'Etat membre de la juridiction saisie,*

ou

– *il faut, en outre, que ces contenus soient ou aient été destinés au public situé sur le territoire de cet Etat membre, ou bien qu'un autre lien de rattachement soit caractérisé?*

2) *La question posée au 1°) doit-elle recevoir la même réponse lorsque l'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur résulte non pas de la mise en ligne d'un contenu dématérialisé, mais, comme en l'espèce, de l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant ce contenu?*

II. LE DROIT APPLICABLE

A. Le règlement n°44/2001 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après "Le règlement")

7. Il ressort du onzième considérant du règlement que *"les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement ..."*

8. Le douzième considérant énonce que *"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 en vue de faciliter une bonne administration de la justice"*.

9. Au chapitre II "Compétence", l'article 2 du règlement (CE) 44/2001 édicte la règle de base en matière de compétence:

"1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont atraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre.

....."

10. L'article 5, point 3, qui figure à la section 2 "Compétences spéciales" prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut également être atraite, dans un autre Etat membre:

"en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire"

B. La directive la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après "la directive")²

11. La directive contient les dispositions pertinentes suivantes:

Article 2

Droit de reproduction

Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

- a) pour les auteurs, de leurs œuvres;
- b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
- c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
- d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
- e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

Article 3

Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

² JO L 167/10 du 22 juin 2001.

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement:
 - a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
 - b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
 - c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
 - d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.
3. Les droits visés au paragraphe 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

Article 4

Droit de distribution

1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.
2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement."

III. ANALYSE JURIDIQUE

A. Observations préliminaires.

12. Premièrement, la Commission estime qu'il n'y a aucune raison de traiter différemment, du point de vue de la compétence internationale, la mise en ligne de contenus dématérialisés et l'offre en ligne d'un support matériel reproduisant ce contenu. Il s'agit dans les deux cas de techniques visant à rendre disponibles les contenus violant le droit d'auteur. La Commission répondra donc de manière groupée aux deux questions.
13. Deuxièmement, la procédure au principal concerne une action en dommages-intérêts en raison de la contrefaçon du droit d'auteur de Mr Pinckney, Demandeur, qui aurait été commise par KDG MEDIATECH AG, Défenderesse à la procédure.
14. La juridiction de renvoi évoque une atteinte alléguée à des "droits patrimoniaux d'auteur", sans préciser si la question concerne tous les droits couverts en vertu du droit communautaire par le terme de "droit d'auteur" ou seulement l'un ou plusieurs de ces droits, tels que prévus aux articles 2, 3 et 4 de la directive 2001/29/CE.
15. Elle rappelle la jurisprudence de la Cour de Justice dans les affaires "Shevill", "L'Oreal", "E-date" et "Martinez" et se demande de quelle manière ces arrêts devraient être pris en considération dans le cas d'espèce.
16. Les questions posées par la Cour de Cassation sont rédigées en termes si généraux qu'il existe une incertitude en ce qui concerne le droit visé par la demande. Sur la base des faits évoqués par la décision de renvoi, il semble cependant que deux droits pourraient être concernés:
 - le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de l'œuvre protégée, tel que visé à l'article 2 de la directive,
 - le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public de l'original ou de copies de l'œuvre, tel que visé par l'article 4 de la directive. Il semble en effet que la violation ait été constituée par l'offre en ligne d'un support matériel

reproduisant les chansons sur lesquelles Mr Pinckney revendique un droit d'auteur, et non par la mise en ligne d'un contenu dématérialisé. Dans ce dernier cas, il s'agirait d'une mise à disposition du public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

B. Réponse à la question

17. Dès lors qu'il est impossible de donner une réponse globale à la question de la Cour de cassation, la Commission propose d'examiner les conditions d'application de l'article 5, point 3, du règlement en ce qui concerne, successivement, les violations du droit de reproduction et les violations du droit de distribution des œuvres de Mr Pinckney.
 - 1) Application de l'article 5.3 dans un litige portant sur la violation du droit de reproduction de l'œuvre de Mr Pinckney.
18. Dans son pourvoi devant la Cour de Cassation, Mr Pinckney distingue à juste titre la reproduction de ses chansons sur CD par KDG MEDIATECH AG et la commercialisation subséquente des CD par les compagnies CRUSOE et ELEGY.
19. La Commission partage également le point de vue que Mr Pinckney demande réparation en ce qui concerne une violation de son droit de reproduction de l'œuvre, étant donné que seule KDG MEDIATECH AG est partie à la procédure.
20. Il convient de rappeler dès lors les décisions de principe de la Cour qui sont pertinentes en matière de compétence extracontractuelle. Dans l'affaire Bier c/Mines de potasse d'Alsace³, la Cour de justice a considéré qu'aux fins de l'article 5, point 3, du règlement, la compétence appartenait aux juridictions tant du lieu de l'évènement générateur du dommage que du lieu de survenance du dommage. Dans l'affaire Shevill⁴, en matière d'atteinte aux droits de la personnalité dans un journal, la Cour a estimé que l'article 5, point 3, de la convention devait être interprété en ce sens que la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'État contractant

³ Aff. 21/76, arrêt du 30 novembre 1976, Handelswekerij Bier /Mines de Potasse d'Alsace, Rec. p. 01735.

⁴ Aff. C-68/93, arrêt du 7 mars 1995, Shevill e.a/Presse Allaince, Rec. p. I-415.

du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie.

21. Dans tous ces cas, la Cour a pris le soin de préciser que le lieu de l'évènement causal d'un dommage peut constituer un rattachement significatif du point de vue de la compétence judiciaire, dès lors qu'il est susceptible de fournir une indication particulièrement utile en ce qui concerne l'administration de la preuve et l'organisation du procès.
22. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour précitée, il convient de distinguer le lieu du fait générateur du dommage et le lieu de réalisation du dommage.
 - a. Le lieu du fait générateur du dommage
23. Il n'est pas contesté que les faits reprochés à KDG MEDIATECH AG consistent dans le pressage de CD contenant les chansons sur lesquelles Mr Pinckney considère avoir des droits d'auteur. Le fait générateur est donc survenu en Autriche, au lieu où a eu lieu le pressage. Il s'ensuit que les juridictions françaises ne peuvent s'estimer compétentes en tant que juridiction du lieu du fait générateur.
24. La détermination du lieu du fait générateur n'est en rien influencée par le fait que les CD étaient disponibles à la vente sur Internet ni par le fait que les sites de vente étaient accessibles. Le seul lieu qui soit pertinent en ce qui concerne le droit de reproduction est le lieu du pressage des CD, l'Autriche en l'occurrence. Bien que ce ne soit pas le cas dans l'affaire en objet, et qu'il n'y a donc pas lieu de répondre à cette question, la Commission souligne que si l'atteinte au droit de reproduction de Mr Pinckney avait eu lieu sur Internet, il y aurait lieu de s'interroger sur l'application par analogie de la jurisprudence Wintersteiger (points 54 à 57 ci-après).
 - b. Le lieu de réalisation du dommage

25. Il y a lieu de relever tout d'abord que, bien que le droit d'auteur ait été harmonisé par la directive 2001/29/CE, le titulaire de ce droit ne bénéficie pas, contrairement aux propriétaires de marques de l'UE, d'une protection uniforme au sein de l'Union. Le titulaire d'un droit d'auteur bénéficie au contraire d'un ensemble de droits nationaux.
26. En l'espèce, Mr Pinckney, en tant que compositeur, bénéficie d'un droit exclusif de reproduction en vertu du droit français et un autre droit exclusif de reproduction en vertu du droit autrichien. Ces droits sont limités au territoire des Etats membres qui l'octroient et ne couvrent que les actes intervenus sur leur territoire.
27. Dès lors que la reproduction du CD n'est intervenue qu'en Autriche, c'est le droit de reproduction autrichien qui a été violé et non le droit français de reproduction. Il convient donc de déterminer quel est le dommage résultant de cette violation et quel est son lieu de matérialisation.
28. Pour la Commission, le dommage résultant de la violation du droit de reproduction est hybride en ce sens qu'il comporte deux éléments: il consiste, d'une part, en une atteinte au droit moral du titulaire du droit d'auteur et, d'autre part, en la perte des revenus qui auraient pu être générés si le titulaire avait reçu rémunération contre la concession du droit de reproduire son œuvre.
29. En principe, les deux volets du dommage devraient être localisés au lieu du domicile du Demandeur, ce qui justifierait en théorie la compétence de l'Etat membre de ce domicile. Toutefois, dans le cas d'une violation du droit d'auteur, ce lieu peut être parfaitement imprévisible pour l'auteur de la violation, ce qui contredit les objectifs du règlement, notamment l'impératif de sécurité juridique pour les parties (voir le considérant 11 du règlement).
30. S'agissant du droit moral du titulaire de l'œuvre, et pour autant qu'il y aie eu atteinte à ce droit⁵, il pourrait être considéré que l'atteinte au droit moral est ressentie, par analogie

⁵ Il est douteux que le droit moral de Mr Pinckney aie été violé. La simple reproduction et la distribution subséquente de copie de ses œuvres n'entraîne pas nécessairement violation de son droit moral. Ce ne serait le cas que si, par exemple, il n'était pas cité comme l'auteur des chansons ou si ses chansons avaient été modifiées d'une manière attentatoire à sa réputation.

avec la jurisprudence eDate Advertising et Olivier Martinez, au lieu où ce demandeur a le centre de ses intérêts. Toutefois, la Commission doute qu'il soit possible en réalité d'assimiler l'atteinte à un droit moral sur une œuvre à une atteinte à un droit de la personnalité, tel que celui en cause dans l'affaire eDate Advertising et Olivier Martinez et qu'il soit opportun d'élargir le champ des situations où le demandeur peut demander, au lieu du centre de ses intérêts, l'intégralité de son dommage. En effet, la différence entre l'atteinte au droit moral de l'auteur et l'atteinte à un droit de la personnalité est que dans le dernier cas, il est toujours possible de déterminer où la victime est connue et ce lien ne correspond pas nécessairement au lieu du domicile de la victime (voir l'affaire Olivier Martinez).

31. En tout état de cause, la Cour de renvoi limite sa question aux droits patrimoniaux d'auteur, de sorte qu'il n'est pas absolument nécessaire de se prononcer sur la compétence pour statuer sur l'atteinte au droit moral de l'auteur.
32. En ce qui concerne un éventuel préjudice financier lié à la perte de revenus, on pourrait supposer qu'en principe celles-ci sont ressenties au domicile du plaignant, lieu où il aurait dû recevoir les rémunérations évincées par la violation du droit de reproduction.
33. Dans l'affaire Torline⁶, la Cour de justice, relevant que les dommages prétendument causés à DFDS Torline ont consisté en des pertes financières, a indiqué qu'il appartient au juge national de vérifier si de telles pertes financières peuvent être considérées comme survenues au lieu où DFDS est établie, ce qui indique que les pertes financières directes sont ressenties, selon la Cour, au lieu d'établissement du demandeur.
34. Il convient dès lors de se prononcer sur l'opportunité de transposer cette jurisprudence dans le cas d'infraction au droit d'auteur, comme dans le cas d'espèce ou de se reposer sur la jurisprudence de la Cour dans les affaires Marinari⁷ et Kronhofer⁸.

⁶ Aff. C-18/02; arrêt du 5 février 2004, Danmarks Rederiorening, agissant pour DFDS Torline A/S c/LO Landsorganisationen iSverige, agissant pour SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation, Rec. I-6009, p. 42.

⁷ Aff. C-364/93, arrêt du 19 septembre 1995, Marinari c/Lloyd's Bank, Rec. p. I-2719.

⁸ Aff. C-168/02, arrêt du 10 juin 2004, Kronhofer c/Maier et autres, Rec. p. I-6009.

35. Dans l'affaire Marinari, la Cour a estimé que le lieu où le fait dommageable s'est produit ne peut être interprété d'une manière tellement large qu'il engloberait tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant causé un dommage effectivement survenu dans un autre lieu (point 14).
36. Dans l'affaire Kronhofer, rappelant sa jurisprudence Marinari, la Cour a jugé "que l'article 5, point 3, de la convention doit être interprété en ce sens que l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit" ne vise pas le lieu du domicile du demandeur où serait localisé "le centre de son patrimoine", au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre État contractant" (point 21).
37. L'arrêt Kronhofer diffère toutefois de l'arrêt Marinari en ce sens que la perte financière subie par Mr Kronhofer n'est pas réellement "indirecte", au sens de l'arrêt Marinari, mais qu'elle dérive cependant d'une perte qui pouvait être localisée dans un lieu différent de celui du domicile du Demandeur, soit le lieu où le compte d'investissement était situé (Allemagne), soit le lieu où les actions ont été achetées (bourse de Londres).
38. La Commission estime que le cas d'espèce est très similaire à l'affaire Kronhofer: le fait générateur du dommage (le passage du CD) a eu lieu en Autriche, et c'est là qu'est née une éventuelle perte financière. Pas plus que dans l'affaire Kronhofer, le lieu du "*centre du patrimoine*" de Mr Pinckney ne constitue le lieu du dommage direct fondant l'application de l'article 5, point 3, du règlement.
39. Ce "*centre du patrimoine*" est en effet beaucoup trop imprévisible et ne permettrait pas au défendeur de savoir devant quel tribunal il peut être poursuivi⁹. Il conduirait également à un forum actoris que le règlement ne permet que dans des hypothèses très limitées. Un tel for ne serait également pas justifié par des raisons de proximité, par exemple en ce qui concerne l'administration de la preuve et l'organisation du procès.
40. La Commission ne peut toutefois totalement exclure que dans certaines hypothèses, le lieu du domicile du Demandeur, en tant que lieu où est subi le préjudice financier,

⁹ Aff. C-256/00, arrêt du 19 janvier 2002, Besix, Rec. p. I-1699.

puisse fonder la compétence, pour autant que ce lieu soit prévisible pour les parties. Mais dans le cas d'espèce, le domicile en France de Mr Pinckney, vraisemblablement d'origine britannique, n'était pas suffisamment prévisible pour KDG MEDIATECH AG.

41. En conclusion, la Commission estime que l'article 5, point 3, doit être interprété en ce sens que l'expression "*lieu où le fait dommageable s'est produit*" ne vise pas le lieu du domicile du demandeur où serait localisé "*le centre de son patrimoine*", au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre État contractant.
 - 2) Application de l'article 5, point 3, à l'encontre de KDG MEDIATECH AG en tant que participante à une violation du droit de distribution de l'œuvre de Mr Pinckney.
42. Dans sa plaidoirie dans l'affaire C-228/11 (Melzer), actuellement pendante devant la Cour, la Commission a soutenu que l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire", au sens de l'article 5, point 3, du règlement doit être interprété, dans des situations où un dommage a été causé par plusieurs participants agissant conjointement comme tout lieu où un des participants a contribué directement au dommage en vertu d'un plan commun.
43. Cette interprétation suppose donc que le Demandeur soit en mesure de justifier que deux conditions sont remplies, la première étant qu'il doit y avoir un lien de causalité entre le lieu où le co-défendeur a agi et le dommage direct et entier du demandeur, et la seconde étant que les participants doivent avoir agi conjointement dans le cadre d'un plan commun.
44. Il appartient donc au juge national de constater si ces conditions sont remplies. La Commission considère pour sa part que ces conditions ne sont nullement remplies dans le cas d'espèce.
45. Il ne ressort du dossier aucun élément permettant de constater que KDG MEDIATECH AG aie eu une quelconque activité ayant un lien direct avec la France.

46. La Cour d'Appel de Toulouse a elle-même constaté, dans son arrêt du 21 janvier 2009, que la société CRUSOE a passé ses ordres depuis le Royaume-Uni et qu'elle a reçu sa commande dans ce pays d'où par la voie d'Internet elle commercialise le produit.

47. La Commission estime d'ailleurs que quand bien même KDG MEDIATECH AG pourrait être poursuivie en qualité de participante à l'acte délictuel commis par CRUSOE et ELEGY, les conditions de compétence en vertu de l'article 5, point 3, du règlement ne semblent pas remplies.

3) Application de l'article 5, point 3, dans un litige portant sur la violation alléguée d'un droit de distribution.

1) sur la recevabilité de ce volet de la question.

48. La Commission estime que la réponse à cette partie de la question n'est pas nécessaire pour la solution du litige soumis aux juridictions françaises. En effet, les seules parties à qui pourraient être reprochés des faits de violation du droit de distribution reconnu à Mr Pinckney par l'article 4 de la directive, à savoir les sociétés CRUSOE et ELEGY, ne sont pas présentes dans la procédure.

49. Par conséquent, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de Justice, il n'est pas nécessaire pour la solution du litige de déterminer quelles sont les juridictions compétentes pour statuer sur la violation du droit de distribution de Mr Pinckney. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire que la Commission entend développer des arguments sur ce deuxième aspect de la première question.

1) sur le fond de ce volet de la question

50. Comme en ce qui concerne le droit de reproduction, il y a lieu d'examiner successivement les deux options alternatives de compétence définies par la Cour de justice dans le contexte de l'article 5, point 3, du règlement.

a. le lieu du fait générateur du dommage.

51. A titre préliminaire, la Commission voudrait faire observer que le caractère territorial du droit de propriété intellectuelle, en ce qui concerne la substance, ne fait pas obstacle à la compétence de tribunaux d'Etats membres autres que celui où la protection est accordée¹⁰. Ce principe a été explicitement rappelé par la Cour de Justice dans l'affaire Wintersteiger¹¹ à propos d'une marque enregistrée et s'applique donc a fortiori dans le cas d'un droit non enregistré comme le droit d'auteur.
52. Dans l'affaire en cause, et sur la base des arrêts Bier c/Mines de Potasse d'Alsace et Shevill (points 20 et 21 supra), il convient donc de rechercher quel est le lieu de l'évènement causal du dommage allégué par Mr Pinckney. Il n'est pas contesté par les parties que les CD ont été commandés à KDG MEDIATECH AG par les sociétés CRUSOE et ELEGY, puis ont été commercialisés via un site Internet, ce qui enfreint le droit exclusif de distribution dont bénéficie le titulaire d'un droit d'auteur.
53. Deux localisations sont a priori possibles, à savoir le lieu d'établissement du serveur et le lieu d'établissement des sociétés qui ont procédé à la commercialisation des CD.
54. Dans l'affaire Wintersteiger, qui concernait la violation d'une marque, la Cour a estimé que compte tenu de l'objectif de prévisibilité auquel doivent tendre les règles de compétence, le lieu d'établissement dudit serveur, ne saurait, en raison de sa localisation incertaine, être considéré comme étant celui de l'évènement causal pour les besoins de l'article 5, point 3 (point 36). Elle a donc décidé d'une part que lieu d'établissement de l'annonceur qui avait utilisé la marque en question, étant un lieu certain et identifiable, tant pour le demandeur que pour le défendeur, et de nature à faciliter l'administration de la preuve et l'organisation du procès, était celui où le déclenchement du processus d'affichage de l'annonce litigieuse était décidé (point 37).

¹⁰ Aff. C-364/93, arrêt du 19 septembre 1995, Marinari, Rec. p. I-2719, point 14: la Cour de Justice a précisé que le régime de la Convention de Bruxelles n'a pas pour objectif de lier les règles de compétence avec les dispositions nationales concernant les conditions de la responsabilité non contractuelle, les règles de compétence étant fondées sur d'autres considérations que les dispositions de droit matériel.

¹¹ Aff. C-523/10, arrêt du 19 avril 2012, Wintersteiger AG c/Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, non encore publié au Recueil., p. 30.

55. La Commission ne voit aucune raison de s'écarter de cette ligne de raisonnement dans le cas d'espèce qui concerne également une violation d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle. Le fait que le droit d'auteur ne soit pas enregistré, contrairement à la marque, n'a en effet aucune incidence particulière sur la détermination du lieu de l'évènement causal.
56. Il y a donc lieu de considérer, mutatis mutandis, que les juridictions du lieu d'établissement des sociétés CRUSOE et ELEGY, en tant que lieu où le déclenchement du processus de commercialisation des CD litigieux a été décidé, peuvent avoir compétence pour statuer sur une éventuelle violation du droit de distribution de Mr Pinckney. Par contre, la Commission estime que les juridictions françaises ne peuvent être compétentes de ce chef.
57. Il est vrai que cette solution peut conduire à une coïncidence entre le for de l'article 2 (juridictions de l'Etat membre de domicile du Défendeur) et le for du fait générateur, à cette réserve près que dans le second cas, c'est un lieu qui est déterminé, tandis que dans le cas de l'article 2, c'est simplement la compétence internationale de l'Etat membre où se situe le fait générateur qui est déterminé, la compétence interne étant régie par le droit procédural national. Mais cette coïncidence a déjà été relevée par la Cour de Justice dans l'affaire Bier c/Mines de Potasse (point 20) et c'est bien la raison pour laquelle la Cour a retenu le lieu de réalisation du dommage comme for alternatif dans le contexte de l'article 5, point 3.

b. le lieu de réalisation du dommage

Origine de la problématique

58. Le lieu de réalisation du dommage est certainement le lieu dont la détermination pose le plus de difficultés en cas de violation du droit d'auteur via Internet, en raison de l'immatérialité de l'Internet et des spécificités du droit d'auteur. Ces difficultés ont d'ailleurs donné lieu à vives controverses en France, et à une résistance forte des juridictions du fond devant la position prise par la Cour de Cassation. La décision de renvoi trouve certainement son origine dans ces controverses.

59. La première chambre civile de la Cour de Cassation a en effet été amenée à statuer en matière de contrefaçon (de marque) par le biais d'un site Internet dans une affaire Société Castellbanch du 9 décembre 2003¹²¹³, également appelée affaire "Cristal", dans laquelle la société Champagne Luis Roederer, s'estimant victime de contrefaçon avait choisi d'attirer devant les juridictions française la société espagnole Castellbanch qui faisait de la promotion pour un vin mousseux "Cristal", nom sur lequel la société Roederer alléguait avoir des droits. La Cour de Cassation a estimé qu'avait légalement justifié sa décision au regard de l'article 5, point 3, de la convention de San Sebastian du 26 mai 1989 la cour d'appel qui retient la compétence des juridictions françaises pour connaître, en matière de contrefaçon, de la prévention et de la réparation des dommages subis en France du fait de l'exploitation du site Internet en Espagne, en constatant que ce site, fût-il passif, *"était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel"*.
60. Cette vision a été confirmée ultérieurement par un arrêt de la chambre commerciale du 11 janvier 2005, Sté Hugo Boss, par lequel la Cour de Cassation a confirmé, en matière de compétence juridictionnelle, le critère de l'accessibilité du site litigieux depuis le territoire français, tout en précisant qu'il n'y a contrefaçon, selon la Chambre Commerciale que si le public français est visé, que les produits sont disponibles à la vente en France¹⁴.
61. Cette compétence extrêmement large, que certains auteurs ont qualifiée de compétence "universelle" ou de "pan-Européenne", a été controversée dans la doctrine française certains l'approuvant, estimant qu'il ne s'agissait de rien d'autre que d'une transposition de la jurisprudence Shevill, d'autres la considérant comme un *"excès de compétence internationale"*¹⁵. Elle s'est également heurtée à une forte résistance des Cours d'Appel.

¹² Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, Société Castellbanch c. Société Champagne Louis Roederer, P.B.2003 I n°245 p.195.

¹³ Voir également l'affaire 4 Ob 110/01 (Boss Cigarettes) 2003 IIC 97, Oberster Gerichtshof (Cour Suprême).

¹⁴ Dans son rapport de 2005, la Cour de Cassation indique: *"il s'agit d'abord de trouver rapidement un juge compétent, ce pourra être un juge français, si le site incriminé est accessible dans notre pays, peu important, à ce stade, le contenu de ce site, et même le fait qu'il puisse être passif, du moment que le dommage se rattache au territoire national"* puis *"au fond cette fois, d'examiner concrètement ce que dit ce site, afin d'apprécier s'il permet au consommateur français l'accès au produit dont la diffusion est interdite en France sous la marque considérée"*.

¹⁵ D.Bureau, H.Muir Watt, Droit International privé, t. 1, p. 82, n° 62 et sv.

A titre d'exemple, la Cour d'Appel de Paris a rendu, le 6 juin 2007, un arrêt en matière de marque dans une affaire Google c/Axa¹⁶, par lequel elle a exigé la recherche d'un *"lien suffisant, substantiel et significatif entre les faits incriminés et le dommage allégué"* pour octroyer compétence aux juridictions françaises.

La jurisprudence de la Cour de Justice en matière de dommages via Internet

62. Dans les affaires eDate Advertising GmbH c/X et Olivier Martinez et Robert Martinez c/Société MGN Limited¹⁷, la Cour de Justice était invitée à se prononcer sur la portée de sa jurisprudence Shevill dans l'hypothèse d'une atteinte à la personnalité via Internet. La Cour s'est démarquée quelque peu de sa jurisprudence Shevill, par laquelle elle avait estimé qu'en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs Etats membres, la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'Etat membre du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat membre dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétente pour connaître des seuls dommages causés dans l'Etat de la juridiction saisie.
63. Elle a estimé que la mise en ligne de contenus sur Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un media imprimé en ce qu'il vise à l'ubiquité desdits contenus, qui 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 Etat membre d'établissement et en dehors de son contrôle (point 45).
64. Concluant que les critères de rattachement dégagés dans l'affaire Shevill devaient être adaptés pour tenir compte de la disponibilité d'Internet en tout point du globe, la Cour de justice a estimé que l'impact d'un contenu mis en ligne sur les droits de la personnalité d'une personne peut être le mieux apprécié par la juridiction du lieu où celle-ci a le centre de ses intérêts, l'attribution de compétence à cette juridiction correspond à l'objectif d'une

¹⁶ Cour d'Appel de Paris 4^{ème} chambre, section A.; voir également l'arrêt du 18 juin 2008, SPRL Digital de la Cour d'Appel de Paris.

¹⁷ Aff. C-509/09 et 161/10, arrêt du 25 octobre 2011, eDate Advertising GmbH c/X et Olivier Martinez et Robert Martinez c/Société MGN Limited, non encore publié au Recueil.

bonne administration de la justice, qui est un des fondements de l'article 5, point 3, du règlement (point 48).

65. Dans l'affaire Wintersteiger¹⁸, qui concernait une atteinte à une marque enregistrée, la Cour de Justice s'est écartée des arrêts ci-dessus. Elle a considéré que contrairement à la situation d'une personne qui s'estime lésée dans ses droits de la personnalité, lesquels sont protégés dans tous les Etats membres, la protection accordée par l'enregistrement d'une marque nationale est, par principe, limitée au territoire de l'Etat membre d'enregistrement, de sorte que, en règle générale, son titulaire ne saurait se prévaloir de ladite protection en dehors de ce territoire (point 25). Elle a donc jugé que tant l'objectif de prévisibilité que celui de la bonne administration de la justice militent en faveur d'une attribution de la compétence, au titre de la matérialisation du dommage, aux juridictions de l'Etat membre dans lequel le droit en cause est protégé (point 27).
66. Il convient dès lors de déterminer si les critères dégagés par la Cour sont transposables aux atteintes au droit d'auteur et si oui, de quelle manière, ou si d'autres options doivent être examinées au fins de la détermination du "lieu" , au sens de l'article 5, point 3, où le préjudice s'est produit ou risque de se produire.

Définitions possibles du "lieu" où le dommage s'est produit ou risque de se produire au sens de l'article 5, point 3, du règlement.

- Application par analogie de la jurisprudence Besix.

67. Dans cette affaire, qui visait une obligation de ne pas faire, ressortissant en principe du for contractuel de l'article 5, point 1, de la convention, la Cour a estimé: *"Par nature, une obligation de ne pas faire qui, comme celle en cause au principal, consiste en un engagement d'agir exclusivement avec un cocontractant ainsi qu'en une interdiction pour les parties de se lier à un autre partenaire aux fins de la remise d'une offre commune dans le cadre d'un marché public et qui, selon la volonté des parties, est applicable sans aucune limitation géographique et doit donc être respectée partout dans le monde – et, notamment, dans chacun des États contractants -, n'est susceptible ni d'être localisée à un*

¹⁸ Affaire C-523/10, arrêt du 19 avril 2012, Wintersteiger AG c/Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, non encore publié au Recueil.

endroit précis ni d'être rattachée à une juridiction qui serait particulièrement apte à connaître du différend relatif à cette obligation. En effet, un tel engagement de s'abstenir de faire une chose en quelque lieu que ce soit n'est, par définition, pas davantage lié à un tribunal plutôt qu'à un autre" (point 49).

68. La situation visée dans l'affaire Besix présente une différence avec l'affaire en cause. Dans l'affaire Besix, il s'agissait d'une obligation contractuelle de ne pas faire, donc qui n'est localisable nulle part, tandis que dans l'affaire en cause, l'obligation délictuelle a des conséquences partout. Cependant, elle présente aussi des similarités évidentes. On pourrait donc appliquer le raisonnement de la Cour par analogie et conclure que dès lors qu'il est impossible de localiser un dommage à un endroit précis, ni de le rattacher à une juridiction qui serait particulièrement apte à connaître du différend, la seconde alternative de la jurisprudence Shevill devrait être écartée et le Demandeur ne pourrait saisir que les juridictions du lieu du fait générateur, à savoir le lieu d'établissement du contrefacteur (selon la jurisprudence Wintersteiger).
69. La Commission ne souhaite cependant pas que la Cour s'engage dans cette direction. D'une part, l'objection ci-dessus n'a plus de raison d'être dès lors que l'article 5, point 3, du règlement, n'exige pas un dommage actuel et inclut les actions préventives. D'autre part, compte tenu du fait que le lieu d'établissement du défendeur se confondrait souvent avec le lieu de son domicile, l'article 5, point 3, ainsi strictement interprété, conduirait le plus souvent le Demandeur, qui est la victime des agissements du Défendeur, à ne disposer de facto que d'un seul for, celui de l'article 2 du règlement.

– le critère tiré, par analogie, de la jurisprudence Wintersteiger

Il y a lieu de rappeler que dans cet arrêt, la Cour a jugé que le lieu de matérialisation du dommage est le lieu où le droit (de marque, en l'espèce) est protégé.

Certains auteurs vont dans le même sens¹⁹. A l'appui de cette thèse, il est soutenu qu'en matière de droit d'auteur, il n'est nécessaire d'invoquer aucun dommage, en particulier aucune perte financière. Il s'ensuivrait que le concept de "dommage" n'aurait pas d'utilité pour

¹⁹ J.J. Fawcett et P.Torremans, *Intellectual Property and Private International Law* (Oxford, Clarendon 1998), p. 566.

la détermination de la compétence au sens de l'article 5, point 3 du règlement et qu'en fait ce dommage se produirait là où le droit est protégé.

70. Malgré tout, la Commission estime que l'arrêt Wintersteiger n'est pas transposable à la présente espèce. Le droit d'auteur n'est en effet pas enregistré et sa protection est universelle, de sorte qu'il est impossible de se fonder sur le lieu de l'enregistrement, et donc sur l'Etat membre de protection, pour déterminer le lieu de la matérialisation du dommage²⁰.

– le critère de la simple accessibilité du site.

71. C'est le critère retenu jusque là par la Chambre civile de la Cour de Cassation française en matière de marques^{21 22}. Certains auteurs, qui s'opposent à cette compétence quasi universelle et préconisent la théorie de la focalisation (voir points 84 et sv), estiment que cette règle serait cependant justifiée en matière de droit d'auteur. En effet, la protection quasi mondiale d'une œuvre protégée, notamment en vertu de la Convention de Berne, correspondrait mieux à l'universalité d'Internet et rendrait la compétence systématique de presque tous les ordres judiciaires moins problématique²³.

72. La Commission s'oppose fermement à cette théorie de la simple accessibilité. Comme le dit la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt Google/Axa, *"appliquer le critère de la simple accessibilité aurait nécessairement pour conséquence d'institutionnaliser la pratique du forum shopping"*. La Cour elle-même, dans les arrêts Alpenhof et Pammer, relatifs à l'interprétation de l'article 15, point 1, c) du règlement, a indiqué qu'il ne fallait pas *"interpréter les termes "dirige ces activités vers" comme visant la simple*

²⁰ Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la praticabilité de l'arrêt Wintersteiger lorsqu'une marque est enregistrée dans de très nombreux Etats où lorsqu'il s'agit d'une marque communautaire.

²¹ La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu pour sa part plusieurs arrêts dans lesquels elle condamne le critère de l'accessibilité du site au profit de celui de la destination au public français, que la doctrine a qualifié de critère de "focalisation". Cf. O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ Paris, 2002. Les questions posées par la Chambre civile à la Cour de Justice ont bien entendu pour objet de régler cette controverse entre chambre civile et chambre commerciale.

²² L'accessibilité du site en tant que base de compétence a également été utilisée dans "The Maritime Trademark", Case 4160294/00 [2003] IL Pr 297.

²³ Voir notamment F. Lejeune, *Contrefaçon, Internet et compétence internationale : le droit d'auteur échapperait-il à la théorie de la focalisation ? Auteurs et média*, 2011/4-5, Larcier.

accessibilité d'un site Internet dans des États membres autres que celui dans lequel le commerçant concerné est établi" (point 69).

73. Cette position de la chambre civile va d'ailleurs bien au-delà de la jurisprudence Shevill de la Cour de Justice. En effet, cette dernière a retenu dans cet arrêt le critère de la distribution du journal, ce qui rend évidemment le critère de matérialisation du dommage prévisible pour l'éditeur²⁴. Cette distribution suppose donc une action positive de l'éditeur pour toucher les lecteurs de tel ou tel pays.
74. En outre, le fait que la compétence ne préjuge pas du fond, lequel doit être examiné en fonction du droit matériel applicable et le fait que le critère du lieu de matérialisation du dommage ne permette, selon la jurisprudence Shevill, que la réparation du dommage subi dans l'Etat du for, ne semblent pas suffisants pour réduire le risque du forum actoris, qui n'est qu'exceptionnellement compatible avec le système du règlement²⁵, et du *"déséquilibre processuel entre les parties"*²⁶.
75. La Commission considère donc que ce critère doit être écarté^{27 28} et qu'il convient de définir, dans le cadre de l'application de l'article 5, point 3, des critères qui soient, d'une part, technologiquement neutres, et qui, d'autre part, permettent un équilibre processuel entre parties et permettent d'assurer une proximité entre le for et le dommage allégué.
76. Evidemment, à l'encontre de l'utilisation d'un critère de limitation de compétence dans le contexte de l'article 5, point 3, il y a lieu de relever qu'à l'inverse de l'article 15, l'article 5, point 3, du règlement ne contient pas une telle limite²⁹. Pour la Commission,

²⁴ Dans l'affaire Shevill, l'AG Darmon évoquait le fait que seul la *"diffusion volontaire de l'écrit"* était pertinente.

²⁵ Arrêt du 23 juillet 2006.

²⁶ M.E. Ancel, Contrefaçon de marque sur un site web: quelle compétence intra-communautaire pour les tribunaux français, Mélanges à la mémoire de X.Linant de Bellefonds.

²⁷ M.E. Ancel.

²⁸ Le Bundesgerichtshof a également écarté ce critère, au profit de la direction intentionnelle du site vers des consommateurs danois, dans l'arrêt Hotel Maritime, jugement du 13 octobre 2004, [2005] GRUR 431.

²⁹ Dans ses conclusions dans les affaires eDate Advertising et Olivier Martinez, l'AG Cruz Villalon écrit à ce sujet: "Un critère fondé sur l'intentionnalité serait contraire à la lettre de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, ce qui se confirme si on le compare à l'article 15, paragraphe 1, sous c), dudit règlement, qui prévoit un for spécial pour les contrats de consommation dans les cas où le prestataire du service "dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États" (43). Nous ne trouvons rien de tel dans ledit

cependant, il est indispensable d'éviter une compétence de tous les Etats membres, qui conduirait inévitablement au forum shopping et à l'insécurité juridique. Or la prévisibilité et la sécurité juridiques sont des objectifs fondamentaux dans le système de Bruxelles I, ce qui conduit naturellement à poser des limites à l'extension de la compétence liée à la matérialisation du dommage en droit d'auteur, d'autant que la Cour de Justice a toujours considéré que les fors de compétence spéciaux devaient rester d'interprétation stricte.

77. Pour la Commission, une interprétation téléologique de l'article 5, point 3, du règlement devrait permettre, dans le cas où le préjudice subi du fait d'un agissement sur Internet existe virtuellement partout, de conditionner la compétence juridictionnelle qu'il prévoit à l'existence d'une activité dirigée vers l'Etat où le titulaire du droit prétend avoir subi un préjudice. Il faut en effet mettre en balance l'intérêt du titulaire du droit, qui veut obtenir la compétence de la juridiction du lieu de son domicile et l'intérêt du commerçant qui s'efforce de faire en sorte que cette juridiction ne soit pas compétente s'il n'a pas décidé de diriger son activité vers cet Etat ou d'exercer l'activité dans ce même Etat.
78. Au demeurant, il y aurait une certaine logique à assimiler le concept de "diffusion" au sens de la jurisprudence Shevill, qui suppose une volonté de l'éditeur de toucher tel et/ou tel pays³⁰, à celui d'"activité dirigée", qui suppose également une telle volonté.
79. Il y a donc lieu d'examiner les différents critères de rattachement possibles:
- Le critère du centre des intérêts de la victime au sens des arrêts eDate Advertising et Olivier Martinez.
80. Contrairement à l'AG Cruz Villalon, qui avait proposé d'ajouter aux deux alternatives classiques tirées des arrêts Bier c/Mines de Potasse d'Alsace et Fiona Shevill, un troisième critère alternatif, qui serait à la fois technologiquement neutre, prévisible, et raisonnable, à savoir le "centre de gravité du conflit", défini par deux éléments, à savoir le centre des intérêts de la victime prétendue et le contenu de l'information (à savoir

article 5, point 3, et, par conséquent, il n'y a pas lieu de déterminer la compétence internationale sur la base de critères d'intentionnalité".

³⁰ Dans l'arrêt Shevill, la question du journal acheté à l'étranger et ramené dans l'Etat membre du lieu où la personne prétendument diffamée est connue a été abordée.

l'information pertinente sur un certain territoire), la Cour n'a retenu que le critère du centre des intérêts de la victime alléguée de l'atteinte à ses droits de la personnalité.

81. Il s'avère toutefois que ni les éléments de ce troisième for alternatif ni le critère du "centre des intérêts de la victime" n'ont de pertinence en ce qui concerne les violations de droit d'auteur, en particulier parce que le fait qu'un titulaire de droit d'auteur soit "connu" dans un lieu quelconque n'a pas d'influence directe sur la contrefaçon de ses droits. C'est donc une solution qu'il convient d'écarter.
- Le critère de la "focalisation" vers l'Etat membre où un dommage est allégué, la jurisprudence L'Oreal.
82. Afin de remédier aux difficultés générées par l'application de la théorie de l'"accessibilité du site" par la chambre civile de la Cour de Cassation, une partie des Cours d'Appel s'est fondée sur une alternative, la "théorie du ciblage" ou "théorie de la focalisation". Elle consiste à déterminer si le site sur lequel ou par lequel un fait dommageable survient, est dirigé vers un ou plusieurs territoires spécifiques. Si tel est le cas, un dommage est susceptible de survenir sur ce territoire, et conformément à l'article 5, point 3, l'action pourra être portée devant le juge de cet ou de ces Etats³¹.
83. A cette fin, les juridictions du fond pourront se référer à la langue employée sur le site, la monnaie de paiement, les bannières publicitaires, les dispositifs de filtrage, la livraison de biens corporels dans certains Etats, les publicités externes qui renvoient au site litigieux,
84. Ce concept de "focalisation" est très similaire à celui dégagé par la Cour de justice dans l'affaire L'Oreal et autres c/Ebay International et Autres³². La Cour a estimé "*que les règles de la directive 89/104 et du règlement n° 40/94 s'appliquent dès lors qu'il s'avère*

³¹ Cette théorie n'est pas nécessairement suivie dans d'autres Etats membres. Ainsi, il semble qu'il suffise d'alléguer un dommage aux Pays-Bas pour que les juridictions néerlandaises se déclarent compétentes: Rb Arnheim, 27 janvier 2003, (Ladbrokes), Gerechtshof Arnhem 2 septembre 2003 (Ladbrokes), Rb Utrecht, 27 février 2003 (Paramount).

³² Affaire C-324/09, arrêt du 12 juillet 2011, L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres, non encore publié au Recueil.

que l'offre à la vente du produit de marque se trouvant dans un Etat tiers est destinée à des consommateurs situés sur le territoire couvert par la marque"(point 61).

85. Elle a également rappelé qu'en matière de violation de droit de marque par le biais d'annonces et de sites destinés exclusivement à des consommateurs situés dans des Etats tiers que *"la simple accessibilité d'un site Internet sur le territoire couvert par la marque ne suffit pas pour conclure que les offres à la vente y affichées sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire (voir, par analogie, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer et Hotel Alpenhof, C-585/08 et C-144/09, non encore publié au Recueil, point 69)"*³³.
86. Il revient dès lors au juge national d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente, affichée sur une place de marché en ligne sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci. Il pourra s'inspirer des critères donnés par la Cour dans le dispositif de ses arrêts Alpenhof et Pammer: *"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."*

³³ Voir les conclusions de l'AG Trstenjak, aux points 63 et 64.

87. La Commission observe qu'en matière de droit de distribution conféré par le droit d'auteur, le préjudice a un aspect économique prépondérant, de sorte qu'elle estime possible de raisonner par analogie avec la concurrence déloyale et que la jurisprudence L'Oreal, qui détermine que la distribution sur Internet a lieu là où le site offrant des produits contrefaits est dirigée, est parfaitement adaptée à l'appréciation de la compétence fondée sur la matérialisation du dommage au sens de l'article 5, point 3, du règlement. Elle répond aux besoins de prévisibilité qui sous tendent le régime du règlement.
88. Il reste encore la question de savoir si cette jurisprudence est transposable à la matière du droit d'auteur. En effet, le droit exclusif de distribution harmonisé prévu à l'article 4 de la directive n'est pas identique aux droits exclusifs du propriétaire de marques qui faisaient l'objet de l'affaire L'Oréal. Par exemple, les droits exclusifs conférés par l'article 5, point 3, b) de la directive 89/104/EC de rapprochement en matière de marque couvre la simple offre de produits. Il n'était pas tout à fait clair que c'est également le cas en ce qui concerne le droit exclusif de distribution réglementé par l'article 4 de la directive en matière de droit d'auteur.
89. Par arrêt du 21 juin 2012, la Cour a résolu cette question dans l'affaire Donner³⁴. Elle a décidé qu'un *"commerçant qui dirige sa publicité vers des membres du public résidant dans un État membre déterminé et crée ou met à leur disposition un système de livraison et un mode de paiement spécifiques, ou permet à un tiers de le faire, mettant ainsi lesdits membres du public en mesure de se faire livrer des copies d'œuvres protégées par un droit d'auteur dans ce même État membre, réalise, dans l'État membre où la livraison a lieu, une "distribution au public" au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information"*. La Cour retient donc, là encore, le concept de publicité dirigée vers un public déterminé.
90. La Commission suggère donc à la Cour de dire qu'en cas de contrefaçon de droit d'auteur sur Internet, le lieu du dommage prétendu peut être un critère de rattachement, aux fins

³⁴ Aff. C-5/11, arrêt du 21 juin 2012, Tutus Alexander Jochen Donner, non encore publié au Recueil.

de la compétence juridictionnelle, pour la partie du dommage subi en ce lieu, pour autant que le Défendeur ait dirigé son offre vers les usagers de cet Etat, au sens de la jurisprudence de la Cour.

91. L'ajout de cette condition de ciblage d'un public déterminé, aux fins de la compétence internationale, est prôné par une grande partie de la doctrine. Cette condition est également reprise dans les "ALI Principles on intellectual property", adoptés en 2007 par l'American Law Institute³⁵. La section 204§, prévue pour être applicable dans l'ère du digital, est très clairement basée sur l'article 5, point 3, du règlement. Elle alloue la compétence au lieu de l'acte de contrefaçon ainsi qu'au lieu du dommage, lorsque les deux sont différents. En ce qui concerne le lieu du dommage, cette section prévoit que le défendeur doit avoir dirigé ses activités vers l'Etat de matérialisation du dommage³⁶. Le European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) a lui-même adopté, en décembre 2011, des "*Principles on conflicts of laws in intellectual property*"³⁷, qui inclut également le critère d'activité dirigée vers l'Etat où se serait matérialisé le dommage allégué.
92. Dans le cas d'espèce, il ressort de l'arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse que le CD en cause ne semble pas avoir été commercialisé en France et que les sites concernés ne ciblaient pas le public français: Mr Pinckney reconnaît avoir acheté ce CD par l'intermédiaire de sa compagne depuis Londres, sur un site anglais, selon facturation en anglais, et les sites concernés n'ont, selon la Cour d'Appel, aucun impact économique en France. Il appartient au juge national d'apprécier les allégations contraires de Mr Pinckney, mais si celles-ci sont confirmées, la Commission considère que, dans ces

³⁵ Le compte rendu de la dernière réunion du comité spécial désigné pour le suivi de ces Principes, tenue à Sofia, peut être trouvé à l'adresse suivante: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1037>.

³⁶ Section 204: (1) A person may be sued in any State in which that person has substantially acted or taken substantial preparatory acts, to initiate or to further an alleged infringement. The court's jurisdiction extends to claims respecting all injuries arising out of the conduct within the Stat that initiates or furthers the alleged infringement, wherever the injuries occur; (2) A person may be sued in any State in which that person's activities give rise to an infringement claim, **if that person directed those activities to that State**. The court's jurisdiction extends to claims respecting injuries occurring in that State". Les commentaires relatifs à cet article listent les éléments qui peuvent être pris en compte au titre de l'activité dirigée.

³⁷ http://www.cl-ip.eu/files/pdf2/FinalText-1_December2011.pdf; **Article 2:202: Infringement**

"In disputes concerned with infringement of an intellectual property right, a person may be sued in the courts of the State where the alleged infringement occurs or may occur, unless the alleged infringer has not acted in that State to initiate or further the infringement and his/her activity cannot reasonably be seen as **having been directed to that State**."

conditions, Mr Pinckney ne saurait sérieusement prétendre avoir subi en France un préjudice justifiant la compétence internationale des tribunaux français au titre de l'article 5, point 3, du règlement.

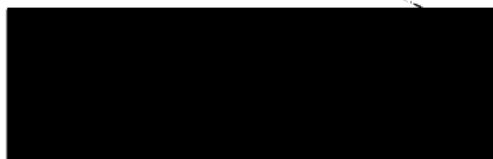
PROPOSITION DE REPONSE

93. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission a l'honneur de proposer à la Cour de justice de répondre comme suit à la question préjudicielle:

L'article 5, point 3, du règlement (CE) 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que :

- en matière de droit de reproduction tel que visé à l'article 2 de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, l'expression " lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire" vise le lieu où a été commis l'acte de reproduction prétendu, mais ne vise pas le lieu du domicile du Demandeur où serait localisé le centre de son patrimoine, au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre Etat membre; la juridiction ainsi désignée est compétente pour réparer l'intégralité du dommage subi;

- en matière de droit de distribution, tel que visé à l'article 4 de la directive 2001/29/CE, le "lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire" vise le lieu où a été commis l'acte de distribution prétendu, lequel, s'agissant d'une distribution en ligne, a lieu où l'auteur de la distribution a son établissement, ainsi que le lieu de matérialisation du dommage, pour autant qu'il soit établi que le défendeur a spécifiquement dirigé son activité vers l'Etat membre dans lequel ce lieu est localisé ; la juridiction ainsi désignée est compétente pour réparer le dommage subi dans l'Etat du for.



Anne-Marie ROUCHAUD-JOËT

Agent de la Commission