



Annexe IV b

Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé

François Dessemontet

(in Le droit au défi d'Internet, Actes du colloque de Lausanne,
Genève 1997)

**INTERNET, LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ
ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

**par François Dessemontet,
Professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg**

**Le droit au défi
d'Internet**

Actes du colloque de Lausanne



Librairie Droz, Genève, 1997

INTRODUCTION*

1. Les réseaux électroniques d'information vont prendre une importance essentielle dans les télécommunications, c'est un truisme de le répéter. On peut mesurer cette importance en nombre de connexions : certains prédisent ainsi le rattachement de 200 millions d'ordinateurs en l'an 2000, touchant 600 à 700 millions d'individus¹. On peut penser qu'un dixième de la population mondiale sera donc rattachée à un réseau informatique. Cependant, les prévisions quantitatives ont été régulièrement dépassées ces dernières années, et la libéralisation du marché des télécommunications, à laquelle l'accord OMC de février 1997 contraint la plupart des Etats, va certainement accélérer le mouvement.

2. L'importance des réseaux – et parlant d'Internet on vise ici en réalité tous les réseaux publics – se mesure aussi à d'autres paramètres. La qualité des liaisons et leur rapidité, le succès des mesures prises contre l'engorgement, le sérieux des clés de sauvegarde (40 bits, 52 bits, 128 bits, jusqu'à 1024 bits (!)) vont encourager les utilisateurs commerciaux, mais aussi les éditeurs à employer les réseaux non comme appoint, mais comme instrument principal de leurs ventes. Certains libraires américains ont fermé boutique pour ne vendre que sur le réseau, comme ce spécialiste des œuvres de Steinbeck, à Monterey.

3. Qui dit exploitation commerciale dit protection des consommateurs, et le droit applicable aux *contrats de consommation* comme le droit de la *concurrence déloyale* s'appliquerait aux contrats informatiques et à la publicité redoublée sur ces réseaux. Qui dit publicité et édition en réseau dit aussi **protection de la personnalité**, et les premières causes connues aux Etats-Unis ou en Europe concernent précisément des atteintes à la personnalité d'individus ou d'entreprises. Aux Etats-Unis, la cause *Prodigy*², portant sur des affirmations

* L'auteur remercie vivement M. Charles Joye, assistant au CEDIDAC, pour l'aide qu'il lui a apportée dans la préparation de ce texte.

¹ C. Féral-Schuhl, *Le Monde informatique* n° 663, 2 février 1996, p. 35 ; pour une appréciation plus modeste, voir C. Gummig, *Rechtsfragen bei Werbung im Internet*, ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Film und Recht) 1996, p. 574 (125 millions d'ordinateurs en l'an 2000).

² *Stratton Oakmont, Inc. & Daniel Porush v. Prodigy Services Co.*, Index N° 91063/94 Sup. Ct. NY, May 10, 1995. Voir déjà *Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc.*, 776 F. Supp. 135 (SDNY 1991). Pour une amende en raison d'une publicité Internet infligée par le Ministère américain des transports à l'encontre de Virgin Atlantic Airways, voir C. Kuner, *Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet*, CR (Computer und Recht) 1996, p. 455, n. 22.

dénigrant un courtier en titres, en Europe l'affaire *Y. Rocher*³ montrent que les entreprises, autant que les particuliers, sont susceptibles d'être atteintes dans leurs intérêts personnels. En somme, les réseaux facilitent à la fois l'atteinte aux intérêts personnels par la publicité⁴ et la diffamation⁵.

4. Il convient d'examiner séparément les conflits de juridictions et le droit applicable aux activités qui portent atteinte aux droits de la personnalité. Nous laisserons ici de côté les questions relatives aux sites pornographiques qui faisaient au début l'attrait⁶ et la honte d'Internet. Certes la pornographie porte atteinte aux intérêts personnels des acteurs, dont le consentement n'est pas toujours valable, par exemple s'ils sont mineurs. Lorsqu'une enquête pénale conclut à l'utilisation d'un site pour montrer des actes pédophiles, par exemple⁷, des intérêts personnels ont été lésés. Cependant, les principes de territorialité et d'ubiquité du droit pénal vont s'appliquer pour l'enquête pénale, fondant le cas échéant une compétence pour les parties civiles s'il s'en présente⁸. La même remarque vaut d'ailleurs pour les affirmations racistes qui peuvent léser une personnalité en particulier. Or il est illusoire en pratique d'attendre d'un tribunal pénal l'application d'un droit étranger pour les conclusions des parties civiles. Dans cette hypothèse, et dans cette hypothèse principalement, la détermination de la compétence entraîne de fait la détermination du droit applicable.

5. En revanche, nous ne pensons pas que les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes dans deux affaires récentes mettant en jeu la notion de *jurisdiction competente* pour les atteintes aux *intérêts personnels* préjugent du *droit applicable*.

Il n'y aurait évidemment plus de problème de droit applicable si chaque juridiction valablement saisie appliquait les lois du for. Peut-être est-ce souvent le cas en pratique: les juges et les avocats sont plus

³ TGI Paris, 16 avril 1996 (réf. 54240/96): injonction faite à Yves Rocher de ne plus répandre sur Internet des documents relatifs à ses griefs contre le groupe BNP. Voir J.-F. Chassaing, L'Internet et le droit pénal, D. 1996, chron., p. 333, n. 43.

⁴ Voir en général l'intervention de M. Lehmann, dans la discussion reproduite in ZUM 1996, p. 231: la publicité peut porter atteinte à la personnalité des destinataires.

⁵ J.-F. Chassaing, *op. cit.*, pp. 333-334.

⁶ Voir les statistiques citées par F. Riklin, *Information Highway und Strafrecht*, in R. M. Hilty, éd., *Information Highway*, Berne et Munich 1996, p. 570, n. 56: lorsque l'on considère seulement les images digitalisées de *Usenet Newgroups*, 83,5 % des images sont pornographiques. En comparaison de l'ensemble des données retransmises, la proportion est en revanche très faible.

⁷ Pour la Suisse, F. Riklin, *op. cit.*, p. 570 et n. 53 (saisie d'un fichier à Zurich en 1995); pour l'Allemagne, F. Riklin, *op. cit.*, p. 587, n. 112.

⁸ Cf. par ex. art. 5 ch. 4 LU.

familiers avec ce droit qu'avec aucun autre. Si une autorité administrative intervient, elle appliquera son droit public, pénal ou administratif⁹. Cependant, en droit civil du moins, notre système pour résoudre les conflits de lois est construit sur l'axiome qu'en ayant déterminé la juridiction applicable, on n'a pas décidé encore quel droit serait applicable.

I. CONFLITS DE JURIDICTIONS

A. EN DROIT EUROPÉEN

6. Dans les deux causes récentes dont il vient d'être question, les affaires *Fiona Shevill*¹⁰ et *Marinari*¹¹, la Cour de justice des Communautés européennes a appliqué l'article 5 chiffre 3 de la Convention de Bruxelles. L'article 5 de la Convention de Lugano est identique à ce dernier et déclare:

« Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat contractant: (ch. 3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. »

Cette disposition est applicable en particulier à la violation des droits de la personnalité, par exemple par la voie de la presse¹².

7. Dans les affaires *Fiona Shevill* et *Marinari*, la Cour de justice a tranché entre l'interprétation allemande et l'interprétation française du choix laissé au lésé, au profit de la seconde.

⁹ Voir C. Kuner, *op. cit.*, p. 454, n. 13.

¹⁰ *Fiona Shevill e.a. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, pp. I-415 ss; voir en particulier L. Idot, L'application de la Convention de Bruxelles en matière de diffamation. Des précisions importantes sur l'interprétation de l'article 5 3, *Juris-Classeur Europe*, juin 1995, chron., pp. 1-2; H. Ehmann / K. Thorn, *Erfolgort bei grenzüberschreitenden Persönlichkeitsverletzungen*, AfP (Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht) 1996, pp. 24-25, n. 60, citant comme également critique G. Hohloch, note ad a. *Fiona Shevill*, JuS (Juristische Schulung) 1995, pp. 928-929.

¹¹ *Antonio Marinari c. Lloyd's Bank plc et Zubaidi Trading Company*, 19 septembre 1995, aff. C-364/93, Rec. 1995, pp. I-2719 ss.

¹² Voir pour un point de vue suisse à ce propos J.-F. Poudret, Les règles de compétence de la Convention de Lugano confrontées à celles du droit fédéral, en particulier à l'article 59 de la Constitution, in N. Gillard, éd., L'espace judiciaire européen, publ. CEDIDAC n° 21, Lausanne 1992, p. 71 et cit. n. 38.

8. On rappelle que dans le *système allemand* et le *système suisse*, le lésé peut effectivement choisir entre le for du domicile ou de l'établissement principal du défendeur et le for du fait dommageable, ce qui recouvre le lieu où le résultat se produit¹³; ce choix lui est ouvert pour l'*entier* du dommage¹⁴, même si une partie du dommage s'est réalisée ailleurs. Cette solution correspond à la volonté de favoriser le lésé d'une atteinte par la voie de la presse¹⁵, une attitude qu'on retrouve aussi en Suisse dans le droit interne¹⁶ comme dans les règles sur le droit applicable¹⁷.

9. Dans la *doctrine française*, l'accent est mis sur le caractère exorbitant de tout for qui n'est pas le domicile du défendeur, soit le for général de la Convention de Bruxelles (et celle de Lugano). Néanmoins, comme on ne peut entièrement défaire ce que les auteurs de la Convention ont fait en admettant des fors spéciaux, des auteurs français proposent de les limiter au maximum en restreignant au seul *dommage local* la compétence des fors autres que le for du défendeur¹⁸. Cette attitude n'est pas favorable au lésé, car elle aboutit à un choix très limité pour lui :

- Soit il poursuit l'auteur de l'atteinte au domicile de cet auteur, et pour le tout; il n'a donc qu'une situation défavorable par rapport à la plupart des intéressés dont s'est occupé le concert des nations européennes¹⁹; en particulier, le lésé est alors défavorisé par rapport à celui qui subit une atteinte à un bien matériel²⁰.

¹³ Pour la distinction entre ces deux lieux et la référence aux deux selon l'article 5 3 CB, voir *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace*, 30 nov. 1976, aff. 21-76, Rec. 1976, p. 1735.

¹⁴ Pour l'interprétation allemande de l'article 5 3 CB, voir R. Geimer / R. A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, vol. I/1, Munich 1983, p. 631; et J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Heidelberg 1991, p. 103, cités in Conclusions de l'Avocat général M. Darmon, Rec. 1995, p. I-423 (*Shevill*).

¹⁵ Voir H. Ehmann / K. Thorn, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶ Art. 28b CC; voir P. Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, pp. 141-142, n° 1051. L'article 28b CC ne donne cependant aucun for au lieu de la commission de l'acte dommageable. L'article 28b CC n'est pas applicable dans les causes internationales; voir TF, 13 juin 1994, SJ 1995, p. 59.

¹⁷ Par ex. art. 139 LDIP; voir plus loin nos 44 ss.

¹⁸ Voir MM. G. A.-L. Droz (D. 1977, pp. 614-615), P. Gothot / D. Holleaux (La Convention de Bruxelles du 27.9.1968, Paris 1985, p. 49, n° 88), A. Huet (Clunet 1977, p. 728), cités par M. Darmon, Rec. 1995, p. I-429 (*Shevill*).

¹⁹ Cf. art. 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 5.7, 6 ss, 13 ss CB (ou LU).

²⁰ Voir G. Hohloch, *op. cit.*, pp. 928-929 (la jurisprudence *Shevill* met au premier plan la compétence du lieu de commission de l'acte illicite).

- Soit il s'adresse à chacun des tribunaux des Etats dans lesquels il a subi un dommage, pour tenter d'obtenir dans l'Etat en cause la réparation la partie du dommage qu'il y a subie.

La complication et les frais des procédures parallèles s'additionnent alors à la difficulté de prouver un dommage résultant d'une diffamation ou d'une atteinte à l'image dans le pays en cause.

10. Ainsi, les arrêts Fiona Shevill et Marinari sont contraires au système helvétique, puisqu'ils refusent de se fonder sur le *besoin de protection du lésé*²¹. Ils préservent les auteurs de diffamation par la voie de la presse (a. *Shevill*) ou les banques responsables d'un comportement suspicieux injustifié envers l'un de leurs clients (a. *Marinari*) d'avoir à répondre ailleurs que devant leur juge naturel. Il convient pourtant d'en tirer les cinq leçons suivantes :

11. a) Il importe de dissocier avec soin la *compétence* et la *loi applicable*²².

12. b) Il importe de créer des *règles de juridiction générales*, qui ne varieront pas selon la spécificité des causes²³.

13. c) Le critère fondamental est celui de la *proximité*. Pour les publications, «le tribunal de chaque Etat contractant dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation est territorialement le plus qualifié pour apprécier la diffamation commise dans cet Etat et déterminer l'étendue du préjudice *correspondant*»²⁴.

14. d) *Le secondaire suit le principal*. Ce principe est à l'origine de l'article 28b alinéa 2 CC et correspond au droit européen²⁵. Même si la Cour de justice n'en a pas déduit la même conclusion que le législateur

²¹ Voir conclusions de M. Darmon, Rec. 1995, pp. I-2729-2730, nos 46-48 (*Marinari*), dans lesquelles la protection du lésé n'est pas jugée suffisante pour modifier les compétences judiciaires en faveur du lieu du résultat du dommage. Voir aussi P. Lagarde, RCDIP 85 (3), juillet-septembre 1996, p. 498: «La compétence du tribunal du lieu du fait dommageable n'est pas une compétence de protection de la victime».

²² Voir a. *Shevill*, Rec. 1995, p. I-464, n° 39.

²³ Voir conclusions de M. Darmon, Rec. 1995, p. I-433, n° 84 (*Shevill*).

²⁴ Voir a. *Shevill*, Rec. 1995, p. I-462, n° 31.

²⁵ Voir a. *H. Shenavai c. K. Kreischer*, 15 janvier 1987, aff. 266/85, Rec. 1987, p. 239, n° 19, rappelé par M. Darmon, Rec. 1995, p. I-433, nos 80-81 (*Shevill*).

helvétique, le tribunal du lieu du dommage principal devrait à notre avis être compétent pour réparer l'entier du dommage²⁶.

15. e) En réalité, dans le système européen, le *for de l'éditeur* est le seul *for* général appelé à adjuer l'ensemble des prétentions du lésé²⁷. En revanche, le droit suisse ouvre plus largement les compétences des *fors* alternatifs.

B. RÉSEAUX TRANSFRONTALIERS

16. Les questions de compétence pour les nombreuses activités qui se déroulent sur Internet et d'autres réseaux semblables appellent sans doute des réponses variables selon la nature contractuelle ou délictuelle des prétentions²⁸.

Nous nous limiterons ici aux litiges relatifs aux droits de la personnalité. C'est d'ailleurs un champ vaste, puisqu'il pourrait recouvrir le droit de la protection des données personnelles et le droit de réponse, en plus de la protection classique des droits à l'honneur, au crédit commercial et à l'image.

1. PRÉSENCE VIRTUELLE ET UBIQUITÉ

17. Dans l'examen de la compétence judiciaire, on se rappellera que la jurisprudence européenne est défavorable au principe de l'*ubiquité* tandis que la jurisprudence suisse y est favorable. Or le système des réseaux suppose que l'intervenant soit virtuellement présent dans tous les pays du monde. Si l'on suivait le critère de la présence virtuelle, tous les pays auraient donc compétence pour juger d'une action qu'intenterait un lésé en violation de ses intérêts personnels. Cette solution ne serait pas seulement l'*ubiquité* traditionnelle, limitée en fait à quelques pays, mais une *ubiquité universelle*. Un ordre juridique pourrait se fonder sur ce principe, mais il entraînerait des conséquences traditionnellement considérées comme fâcheuses :

- a) Les tribunaux de ce pays ne pourraient jamais décliner leur compétence. Or la juridiction est un service offert aux justiciables, et l'on peut se demander si ce service peut devoir être assumé par l'Etat même en faveur de tiers qui, dans le reste de leur activité, ne

relèvent pas de l'Etat en cause et y ont peut-être sciemment échappé²⁹.

- b) Les défendeurs pourraient être attirés devant n'importe quelle juridiction. Or il doit bien se trouver, dans les deux cents Etats de la planète, quelques pays dont les tribunaux sont vénaux ou autrement inadéquats.
- c) Les décisions étrangères ne seraient plus soumises, avant *exequatur*, à un examen portant sur la compétence judiciaire du tribunal qui a rendu le jugement. La porte serait ouverte au harcèlement judiciaire.

Dès lors, il convient d'écarter le critère de la présence virtuelle par Internet interposé. Le « village global » ne connaît pas un seul juge, ni un seul arbitre³⁰.

2. PRÉSENCE LÉGALE ET PROXIMITÉ

18. Pour établir la *proximité* qui continuera d'être requise entre un tribunal et le défendeur, le critère de la *présence légale* est ici suggéré, sur la base de la jurisprudence américaine³¹. Il s'agit d'apprécier ce qui constitue un contact suffisant avec un Etat pour que les tribunaux de cet Etat connaissent des litiges consécutifs à l'usage d'Internet.

19. Tout d'abord, quelques critères permettent d'éliminer des Etats dont il est évident qu'ils n'ont pas de contacts suffisants avec les faits de la cause :

20. a) Le *transit des informations* par des lignes de télécommunications ou des satellites stationnaires sis dans ou au-dessus d'un pays ne joue aucun rôle en droit suisse, à notre avis du moins³².

²⁹ Voir pour la notion de fraude à la loi interprétée dans cette perspective, F. Dessemontet, La responsabilité des organes en droit international privé, in *Aspects du droit international des sociétés*, Zurich 1995, pp. 165-169.

³⁰ Le premier système d'arbitrage sur Internet a été inauguré le 12 mars 1996 aux Etats-Unis. Cf. C. Kuner, *op. cit.*, p. 457, n. 45; voir en général M. Schneider, *Streitbeilegung auf den Information Highway – Problematik und Lösungsansätze*, in R. M. Hilty, *op. cit.*, pp. 625 ss. L'OMPI est partie prenante aux tentatives de rendre l'arbitrage usuel pour les *domain names*, concrétisées par un accord signé à Genève en mai 1997.

³¹ Voir G. L. Gassman, *Internet Defamation: Jurisdiction in Cyberspace and the Public Figure Doctrine*, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. 14 (1996), p. 566.

³² Pour un autre point de vue, selon le droit américain, voir l'avis émis par le Ministre de la Justice du Minnesota le 18 juillet 1995, cité (sous un autre aspect) par C. Kuner, *op. cit.*, p. 453 et n. 2. Selon l'analyse de G. L. Gassman, *op. cit.*, pp. 578-579, citant *Minnesota Statute Section 609.025* (1994), il faut cependant qu'un résultat existe au Minnesota pour que la compétence de ses tribunaux soit reconnue. Diverses causes sont pendantes à ce propos. Voir ci-dessous n. 39.

²⁶ Voir A. Huet (Clunet 1994, pp. 169-170), cité par M. Darmon, p. I-429, n. 55 (*Shevill*).

²⁷ Voir conclusions de M. Darmon, Rec. 1995, p. I-423, n° 32 (*Shevill*).

²⁸ On se rappellera que le concours entre prétentions contractuelles et délictuelles pour les mêmes faits apparaît comme une particularité des systèmes juridiques germaniques.

Au fond, le défaut de compétence reflète l'absence de responsabilité pour l'exploitation des infrastructures techniques, un principe admis presque unanimement³³.

21. b) La localisation de banques de données ou de centres serveurs en tête de parcours pose déjà des questions plus complexes. On cite plusieurs décisions américaines contradictoires à cet égard :

- (1) Dans *Plus System, Inc. v. New England Network, Inc.*, le fait que l'ordinateur central du défendeur, une société du Connecticut, se soit trouvé établi au Colorado a été considéré comme un contact suffisant afin d'établir la compétence des tribunaux du Colorado pour connaître d'une action introduite par un résident du Colorado³⁴.
- (2) Dans *Pres-Kap, Inc. v. System One, Direct Access, Inc.*, en revanche, la compétence des tribunaux de Floride a été rejetée au motif que seule la banque de données se trouvait en Floride, l'utilisateur du service en ligne résidant à New York³⁵.
- (3) Dans *Compuserve, Inc. v. Patterson*, le tribunal fédéral saisi en Ohio a refusé sa compétence malgré une prorogation de for conventionnelle, motif pris que la banque de données sise en Ohio était le seul contact entre l'Ohio et la cause, l'action ayant été introduite par un résident du Texas³⁶.

22. A notre avis, la localisation du matériel est indifférente. L'avènement de télécommunications rapides et de vaste capacité suppose une délocalisation des infrastructures. Si par hypothèse une compagnie aérienne suisse délocalise certains services informatiques en Inde en y installant physiquement ses ordinateurs, ceci ne crée pas une compétence judiciaire en Inde pour des Européens entrant en contact avec Swissair.

En revanche, le lieu où le service est organisé, conçu et surveillé sera souvent suffisant pour reconnaître la compétence judiciaire. Ce lieu

³³ Au pénal, on rappelle cependant l'ATF 121 IV 109; voir F. Riklin, *op. cit.*, pp. 575-578; arrêt critiqué par exemple par C. Engel, *Inhaltskontrolle im Internet*, AfP 1996, p. 227. En France, certains auteurs admettent une responsabilité civile subsidiaire de l'entreprise de télécommunication. Cf. F. Olivier / E. Barbry, *Des réseaux aux autoroutes de l'information : Révolution technique ? Révolution juridique ?*, JCP 1996, éd. G, ch. 3928, p. 185 (responsabilité du transporteur de *lege ferenda* (avec cit.), concernant aussi les règles de protection de la jeunesse). Des tentatives sont en cours en Allemagne et en France pour faire inscrire dans la loi le principe que les fournisseurs d'accès ne sont pas responsables au civil.

³⁴ 804 F. Supp. 111 (D. Colo. 1992).

³⁵ 636 So. 2d 1351 (Fla. App. Ct. 1994).

³⁶ Case N° C2/94/91, 11.8.1994 (S.D. Ohio), cité par C. Kuner, *op. cit.*, p. 454, n. 17.

coïncide en général avec un *établissement stable* de l'exploitant du serveur au sens traditionnellement connu en droit international privé.

Ainsi, dans *Computac, Inc. v. Dixie News Co.*, le demandeur rendait ses services dans le New Hampshire, les données lui étant transmises chaque semaine par poste ou téléphone; après traitement, elles étaient renvoyées au défendeur par la même voie, et celui-ci pouvait donc s'attendre à être attiré devant les tribunaux du New Hampshire³⁷. Il s'agit certes d'une entorse au principe de la compétence du juge du défendeur, mais elle manifeste que le lieu du service n'est pas le lieu du *hardware*.

23. c) Les *contacts isolés* qu'une des parties peut avoir avec un Etat ne justifient pas nécessairement la compétence des tribunaux de cet Etat.

Ainsi, dans le cas où tel message diffamatoire est reçu une fois ou l'autre dans un Etat, la compétence ne sera pas automatiquement donnée.

24. Il est une différence essentielle entre le cas des émissions de télévision et celui des envois sur Internet. Lorsqu'un territoire est couvert par des émissions de télévision, la protection des intérêts personnels requiert que les lésés puissent introduire action dans ce territoire, pour rétablir les faits et obtenir la réparation du dommage correspondant (selon la jurisprudence européenne) ou de tout le dommage (selon la doctrine dominante en Allemagne et en Suisse, ainsi qu'en droit américain)³⁸. En revanche, lorsque le message est diffusé sur Internet, il ne sera pas nécessairement connu dans le monde entier. A notre avis, la *possibilité d'appeler les messages dans un Etat ne suffit donc pas à fonder sa compétence au civil*³⁹.

Le droit positif suisse tient-il compte suffisamment des particularités d'Internet qui viennent d'être évoquées ?

³⁷ 469 A. 2d 1345 (N.H. 1983).

³⁸ Voir à cet égard *Peter J. Casano v. WDSU-TV, Inc.*, 313 F. Supp. 1130 (S.D. Miss. 1970) et 464 F. 2d 3 (CA 5 1975).

³⁹ D'un autre avis, C. Kuner, *op. cit.*, pp. 455-456. Au pénal, le principe d'ubiquité peut justifier cette compétence. Par exemple divers auteurs mentionnent le cas des *cyber-casinos* qui peuvent violer les dispositions pénales applicables dès lors qu'ils offrent l'occasion de jouer en dehors des conditions-cadre posées par les législations nationales. Voir F. Riklin, in R. M. Hilty, *op. cit.*, p. 582; G. L. Gassman, *op. cit.*, p. 579, citant la cause *Minnesota v. Granite Gate Resorts, Inc.*; J.-F. Chassaing, *op. cit.*, p. 332.

3. FORS DÉTERMINANTS SELON L'ARTICLE 129 LDIP

25. a) Le domicile du défendeur, sa résidence ou son établissement principal en Suisse offre le point de rattachement principal. Ce sera en particulier le lieu pour poursuivre les fournisseurs d'accès, les modérateurs de forums ou les organisateurs de kiosques électroniques. Qu'on pense par exemple à la responsabilité de celui qui établirait des profils personnels à la suite d'une compilation des connexions d'un usager⁴⁰.

26. b) Le lieu de commission de l'acte ou le lieu du résultat peuvent offrir une compétence subsidiaire aux tribunaux suisses. Ainsi, lorsque le défendeur n'est pas domicilié en Suisse – s'il l'était, l'article 59 Cst féd. serait applicable et ouvrirait une compétence à son domicile – il suffit que le résultat se fasse sentir dans notre pays pour que la compétence de nos tribunaux soit donnée. Par exemple dans le cas d'une circulaire conçue et rédigée en Hollande qui se trouve envoyée par la poste en Suisse, la circulaire pouvant porter atteinte au crédit d'une société suisse, le lieu du résultat est la Suisse⁴¹.

27. Cette jurisprudence est applicable telle quelle de nos jours, si le message passe par Internet plutôt que par la poste. Dès lors, on admettra que le résultat d'une atteinte aux droits de la personnalité se fait sentir en principe au domicile du lésé, à sa résidence ou à son établissement principal⁴².

28. Nous avons déjà défendu cette solution sous l'angle du droit applicable aux litiges de propriété intellectuelle⁴³. Aussi longtemps que la Suisse ne sera pas tenue de respecter la jurisprudence européenne, ce for permettra aux lésés de faire valoir en Suisse l'entier de leur dommage. Tout parle en sa faveur : c'est le lieu où la lésion entraîne des

⁴⁰ Voir C. Gummig, *op. cit.*, p. 577. L'intérêt d'Internet pour la publicité réside précisément dans le fait qu'on peut atteindre un public ciblé, sans grande dispersion. L'établissement automatique de profils personnels est également contraire au droit français, cf. F. Olivier / E. Barbry, *op. cit.*, p. 180, n° 8; pour le droit suisse voir G. Page, Autoroutes de l'information et protection des données, in R. M. Hilty, *op. cit.*, pp. 362-363.

⁴¹ ATF 76 II 112, invoquant l'article 7 CP, duquel le droit des conflits en matière de responsabilité civile ne devrait pas diverger.

⁴² Voir T. Stäheli, *Kollisionsrecht auf dem Information Highway*, in R. M. Hilty, *op. cit.*, p. 608, n. 43.

⁴³ Voir F. Dessemontet, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, RSJ 1996, pp. 292 ss, et article 3 de notre proposition commune avec J. Ginsburg. Voir dans un autre sens W. R. Cornish, *Intellectual Property Infringement and Private International Law: Changing the Common Law Approach*, GRUR Int. 1996, p. 286, n. 7.

perles, qui se reflètent inévitablement dans les comptes s'il s'agit d'une société; c'est le lieu où une société possède normalement sa notoriété, sauf s'il s'agit d'une société panaméenne⁴⁴; c'est enfin un point de contact permanent tandis que les autres points de contact des acteurs sur Internet peuvent être temporaires, parfois anonymes, changeants ou multiples.

29. Un auteur soutient du point de vue de la concurrence déloyale⁴⁵ que nulle compétence ne sera fondée en Suisse si seul le dommage s'y fait sentir. Cette opinion supprime évidemment tout conflit avec la jurisprudence européenne, mais elle ne paraît pas compatible avec la définition large du lieu du résultat selon l'article 129 alinéa 2 LDIP, soit le lieu où le dommage se produit⁴⁶, ni d'ailleurs avec la jurisprudence fédérale rappelée à l'instant, laquelle porte, il est vrai, sur une société suisse subissant un dommage en Suisse⁴⁷. Toute la question est de savoir s'il est juste d'admettre, comme le faisait cet arrêt, que le dommage se répercute inmanquablement au siège principal du lésé⁴⁸, ou s'il s'impose de limiter le lieu de résultat du dommage à l'endroit où il se produit directement⁴⁹. En tous les cas, il n'est pas possible de refuser la compétence du tribunal du lieu du dommage direct, ni selon la jurisprudence européenne, ni selon l'article 129 alinéa 2 LDIP⁵⁰.

30. c) Le lieu d'injection d'un message diffamatoire est un lieu de commission de l'acte et entraîne donc une compétence subsidiaire des tribunaux suisses selon l'article 129 alinéa 2 LDIP.

31. d) La prorogation de for sera possible, et, plus surprenant, elle sera opposable même dans le cas où plusieurs responsables sont recherchés, pour des faits essentiellement semblables et les mêmes motifs juridiques (art. 129 al. 3 LDIP), alors qu'un seul des responsables

⁴⁴ Pour l'éventuelle fraude à la loi des sociétés panaméennes ou *off-shore* introduisant action en Suisse, voir ci-dessus n. 29.

⁴⁵ T. Stäheli, *op. cit.*, p. 601.

⁴⁶ Cf. P. Volken, in A. Heini / M. Keller / K. Siehr / F. Vischer / P. Volken, éd., *IPRG Kommentar*, Zurich 1993, n° 37 ad art. 129 LDIP; B. Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n° 8 ad art. 129 LDIP; F. Knoepfler / P. Schweizer, Droit international privé suisse, 2ème éd., Berne 1995, p. 266, n° 606. Aucun de ces auteurs ne soutient le point de vue de T. Stäheli.

⁴⁷ Voir ci-dessus n° 26.

⁴⁸ En ce sens, notre proposition commune avec J. Ginsburg, RSJ 1996, p. 294.

⁴⁹ En ce sens, F. Knoepfler / P. Schweizer, *op. cit.*, p. 266, n° 606, invoquant l'arrêt européen *Dumez France et Tracoba c. Hessische Landesbank (Helaba) et autres*, 11 janvier 1990, aff. C-220/88, Rec. 1990, p. I-49.

⁵⁰ Dans le même sens, voir pour le droit allemand C. Kuner, *op. cit.*, p. 456.

aurait convenu valablement de cette prorogation⁵¹. On ne prendra pas l'exigence d'une « même motivation » de la responsabilité au pied de la lettre, puisque notre Haute Cour admet qu'on applique des droits différents aux divers consorts à l'action⁵².

32. On voit le profit qu'un lésé pourrait tirer de cette jurisprudence au cas où l'auteur d'une diffamation, le fournisseur d'accès, le serveur et le modérateur d'un forum seraient tous attaqués simultanément⁵³.

4. FORS DÉTERMINANTS SELON L'ARTICLE 130 ALINÉA 3 LDIP

33. Introduit par la Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, l'article 130 alinéa 3 LDIP prévoit que:

« Les actions en exécution du droit d'accès dirigées contre le maître du fichier peuvent être intentées devant les tribunaux mentionnés à l'article 129 [LDPI] ou devant les tribunaux suisses du lieu où le fichier est géré ou utilisé. »

34. On sait que des fichiers d'adresses peuvent être constitués par le recours clandestin à des programmes installés sur chaque ordinateur, permettant de conserver en mémoire les connexions établies entre cet ordinateur et le réseau (« cookies »). On peut ensuite appeler ces données d'un ordinateur tiers, afin de définir un profil de l'utilisateur de cet ordinateur et de lui envoyer une publicité ciblée précisément. L'ordinateur tiers peut naturellement compiler de nombreuses adresses et de nombreux profils.

35. Une compétence très large est ouverte par l'article 130 alinéa 3 LDIP. Par « gestion », il faut entendre la gestion organisée et surveillée au sens où on l'entendait ci-dessus. Par « utilisation », ce n'est pas n'importe quelle possibilité d'appeler les données sur un ordinateur en Suisse qui suffira. Au contraire, comme le suggère la règle de *minimis*

⁵¹ ATF 117 II 207-208.

⁵² ATF 117 II 208 *in fine*.

⁵³ Voir pour des situations analogues la cause *Prodigy*, citée ci-dessus n. 2. Voir pour des faits légèrement différents, mais analogues (atteinte aux droits d'auteur de l'Eglise de Scientologie) les diverses décisions rendues dans *Religious Technology Center, Bridge Publications, Inc. v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, *Dennis Erlich, Tom Klemesrud, Clearwood Data Services*, N° C-95-20091 (DC Cal.); on rappelle l'arrêt rendu par le Président du Tribunal de district de La Haye en 1996 concernant la même « Eglise ».

non curat praeter, seul un emploi suivi ou important justifiera cette compétence. Ici également, il faut éviter le *forum shopping*, et la doctrine du for inéquitable ou inadapté (*forum non conveniens*) sera appliquée à bon escient⁵⁴. Pour des motifs analogues, on rejettera la compétence judiciaire dans divers cas où elle est discutée aux Etats-Unis, par exemple lorsqu'une simple reprise d'une base en miroir s'est faite dans un pays pour décharger un site trop occupé, ou si une compétence est fondée uniquement sur le lieu du dernier événement.

5. QUALIFICATION

36. De façon générale, pour déterminer la compétence judiciaire selon les articles 129 et 130 LDIP, il convient de se fonder sur le *volume* des appels de données qui portent atteinte à la personnalité, l'*usage* qui en est fait par la suite, et la *gravité* des atteintes. Ces conditions sont alternatives et non cumulatives.

Prenons un exemple. Si un défilé de mode virtuel est organisé sur Internet sans l'autorisation des mannequins animés pour défiler⁵⁵, soit une audience est nombreuse dans un pays donné, soit l'apparition de chaque mannequin est prolongée, ou ses traits clairement visibles, ou des semi-nudités provocantes; bref, il existe une atteinte sérieuse et réelle à sa personnalité selon l'un des trois critères qu'on vient d'énoncer. A ce défaut, aucune compétence spéciale ne sera donnée.

En d'autres termes, une lésion virtuelle ne suffit pas à fonder la compétence judiciaire d'un Etat, sauf si l'atteinte virtuelle est grave, ce qui justifie l'octroi de mesures visant à la prévenir.

37. Mais quelle sera la législation appliquée pour savoir de quel type de lésion il s'agit?

38. Certains ordres juridiques comme le droit français et dans une certaine mesure le droit américain protègent en effet le droit à l'image comme un droit patrimonial absolu. Toutefois, au moment d'apprécier sa compétence, le tribunal suisse va appliquer son propre droit, en un premier temps, pour qualifier les faits de la cause⁵⁶, sauf s'il applique le

⁵⁴ C. Kuner, *op. cit.*, p. 457; cf. en outre G. L. Gassman, *op. cit.*, pp. 575-578. Aux BGHZ 115, p. 90, 2 juillet 1991, la Cour suprême allemande a appliqué la théorie du *forum non conveniens* dans une cause patrimoniale; toutes les causes sur Internet ne le seront pas. W. R. Cornish, *op. cit.*, pp. 288-289.

⁵⁵ Cas réel rapporté par F. Olivier / E. Barbry, *op. cit.*, p. 181, n. 5.

⁵⁶ Voir I. Schwander, *Einführung in das internationale Privatrecht. Allgemeiner Teil*, 2^e éd., St-Gall 1990, pp. 212 ss; ATF 119 II 69.

droit découlant d'une convention internationale. D'ailleurs, certains auteurs ont soutenu avec brio qu'une qualification préliminaire détachée de l'ordre juridique du for serait préférable⁵⁷. Dans le domaine de la protection de la personnalité, cependant, les traditions nationales sont fort divergentes, à l'encontre de ce qui se passe par exemple pour la propriété intellectuelle. Il est donc peu probable qu'on s'écarte de la méthode traditionnelle dans le domaine de la protection de la personnalité.

Une fois admise la compétence d'un tribunal suisse, les divergences entre traditions juridiques rendent au surplus nécessaire d'examiner le droit applicable au fond du litige selon les règles de conflit helvétiques.

II. DROIT APPLICABLE

A. L'ENJEU

39. Se poser la question du droit applicable n'a de sens que si les solutions juridiques diffèrent matériellement d'une législation à l'autre. Et précisément, le droit de la personnalité est très lié aux traditions nationales. Il ne peut en aller autrement, puisque la protection de la personnalité s'oppose à la liberté de l'information ; or dans notre société médiatique, l'attitude des législateurs et des juges face aux exigences de la liberté d'expression et de la liberté de l'information est la pierre de touche qui révèle la vraie hiérarchie des valeurs. Il n'est pas possible de dresser une liste exhaustive de ces différences. Prenons quelques exemples.

40. Un tribunal français a récemment décidé que la photographie d'une *personnalité publique* détenue en prison ne peut être autorisée, en raison de l'article D.277 du Code de procédure pénale qui interdit toute prise de vues se rapportant à la détention⁵⁸. En revanche, la jurisprudence américaine et le droit allemand⁵⁹ permettent l'usage des photographies de toute personnalité publique en vue d'informer le public. Comme le

⁵⁷ I. Schwander, *op. cit.*, pp. 141 ss; F. Knoepfler / P. Schweizer, *op. cit.*, pp. 138 ss, n^{os} 294 ss, et surtout p. 141, n^{os} 301 ss.

⁵⁸ CA Paris, 29 novembre 1994, *Legipresse* 117, p. 132 (en revanche, pas d'atteinte à la vie privée; réduction en conséquence des dommages-intérêts alloués). Voir aussi pour le Président de la République, CA Paris, 24 novembre 1995, *Legipresse* 128, pp. 1 ss.

⁵⁹ Voir *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323-345 (CA 7 1974); voir en particulier a. *Beckenbauer*, BGH, 6 février 1979, GRUR 1979, pp. 425 ss; OLG Hambourg, 13 octobre 1994, ZUM 1995, p. 495.

droit suisse, le droit allemand et le droit américain distinguent tous deux entre les personnalités absolument publiques et les autres⁶⁰. Caroline de Monaco est ainsi une personnalité absolument publique⁶¹. Comme exemple de personnalité relativement publique, on peut citer le malheureux qui se jette d'un immeuble en feu entraînant une jeune femme dans sa chute, le tout sous l'objectif d'une caméra vidéo⁶².

41. Pour illustrer par un deuxième exemple la différence des attitudes entre les législations nationales, rappelons qu'un juge anglais a autorisé la diffusion des images d'un décès par surdose d'*ecstasy* dans une *rave party*⁶³, tandis qu'en Suisse par exemple, il serait illégal de tourner même subrepticement une vidéo dans un bar sans l'accord des intéressés⁶⁴.

42. Le dernier exemple des différences nationales concerne la structure juridique du *droit à l'image*. Le droit américain⁶⁵ et le droit français⁶⁶ acceptent la notion d'un droit patrimonial sur son image, à l'instar des autres droits de propriété intellectuelle. En revanche, le droit suisse⁶⁷, le droit autrichien⁶⁸ et le droit allemand⁶⁹ ne l'acceptent pas. La

⁶⁰ En Allemagne, cette distinction a été esquissée d'abord par H. Neumann-Duesberg, *Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte*, JZ (Juristenzeitung) 1960, p. 114; elle est reprise par de nombreux auteurs suisses, voir H. Deschenaux / P.-H. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 3^e éd., Berne 1995, p. 181, n^o 561a, et p. 183, n^o 564a.

⁶¹ Voir BGH, 12 décembre 1995, GRUR 1996, p. 228; pour *Willy Brandt* voir BGH, 14 novembre 1995, GRUR 1996, pp. 195 ss.

⁶² Voir TGI Nanterre, 18 janvier 1995, *Legipresse* 125, pp. 145 ss. Pour la compagne d'un acteur, cf. OLG Hambourg, 13 octobre 1994, ZUM 1995, pp. 494 ss; pour les membres d'une secte, OLG Francfort-sur-le-Main, 25 août 1994, ZUM 1995, p. 216.

⁶³ *Beggais Banquet Records Ltd v. Carlton Television Ltd and Another*, EMLR (Entertainment and Media Law Report) 1993, pp. 349 ss.

⁶⁴ Art. 179 quater CP.

⁶⁵ Voir par ex. *Cardtoons, L.C. v. Major League Base-ball Players Association*, 868 F. Supp. 1266, spéc. p. 1269 (N.D. Okla. 1994).

⁶⁶ Cause *Raimu*, TGI Aix, JCP 1989, éd. G, n^o 21329; cause *Monnet*, TGI Paris, 4 août 1995, RIDA 167 (janvier 1996), pp. 291 ss, spéc. p. 292: « Attendu que si le droit à l'image revêt, sous son aspect moral, un caractère strictement personnel à son titulaire, s'éteignant avec lui et protégeable au titre de l'article 9 du Code civil, l'exploitation qui est faite de l'image à des fins commerciales confère à ce droit un caractère patrimonial qui se transmet aux héritiers. »

⁶⁷ Voir F. Dessemontet, *Le droit à sa propre image: droit de la personnalité ou droit à la publicité*, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992*, pp. 41 ss (en faveur d'un réexamen du droit suisse); pour la vue dominante, voir par ex. H. M. Riemer / G. Riemer-Kafka, *Les droits attachés à la personnalité selon les art. 27/28-281 CCS, FJS 1165 Genève 1988*, p. 2, *lit.* b.

⁶⁸ *Oberster Gerichtshof*, 6 déc. 1994, GRUR Int. 1996, pp. 161 ss.

⁶⁹ Cf. par ex. K. Wasserburg, *Schutz der Persönlichkeit und des Gewerbebetriebs*, in E. W. Fuhr / W. Rudolf / K. Wasserburg, éd., *Recht der neuen Medien*, Heidelberg 1989, pp. 470-473 (le droit à l'image est englobé dans le droit général de la personnalité). On signale que deux auteurs en tout cas rapprochent le droit à l'image du droit des marques et du droit d'auteur, J. Helle, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht*, Tübingen 1991, pp. 47 ss; G. Poll, *Die Entwicklung des*

question revêt une importance essentielle pour les droits des héritiers, admis à saisir les tribunaux s'il s'agit d'un droit patrimonial cessible et transmissible à cause de mort, et admis en tout cas à intenter une action en cessation de l'atteinte mais non une action en dommages-intérêts, selon la jurisprudence allemande⁷⁰; les héritiers sont en revanche exclus des tribunaux suisses, si ce n'est en de rares exceptions⁷¹.

43. On pourrait multiplier les exemples, en dehors du droit à l'image: la *protection des données*; les *délais de prescription*; les *présomptions* sur la connaissance qu'un opérateur du réseau peut avoir quant au contenu des données transmises⁷², quant à la faute⁷³, quant au préjudice⁷⁴, quant à la responsabilité pour complicité ou à la responsabilité subsidiaire des fournisseurs d'hébergement ou d'accès⁷⁵, etc. Bref, l'enjeu de la détermination du droit applicable peut être considérable.

B. LES RÈGLES DE DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE

1. LE DROIT POSITIF

a) Application de l'article 139 LDIP

44. Il ne fait guère de doute que l'article 139 LDIP s'applique à Internet. Cette disposition vise en effet les prétentions fondées sur une atteinte à la personnalité par les médias, notamment par la voie de la

«*Rechts am eigenen Bild*», ZUM 1988, p. 454; voir déjà J. Simon, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen*, Berlin 1981; et maintenant B. Seemann, *Prominenz als Eigentum*, Baden-Baden 1996.

⁷⁰ Voir a. «*Fiete Schulze*» du BGH, 4 juin 1974, GRUR 1974, pp. 797-798.

⁷¹ Voir par ex. ATF 104 II 236; voir également P. Tercier, *op. cit.*, p. 114, n^{os} 814 ss.

⁷² Voir la cause *Prodigy*, citée ci-dessus n. 2; cf. aussi G. A. Bloom / T. J. Denholm, *Research on the Internet: Is Access Copyright Infringement*, Canadian Intellectual Property Review, vol. 12 (1996), p. 358 («*constructive notice*»); voir en général C. Engel, *op. cit.*, p. 222 et cit.

⁷³ Voir P. Nicoleau, *La protection des données sur les autoroutes de l'information*, D. 1996, chron., p. 112: «le simple maintien dans le système (d'un intervenant qui s'y est immiscé par erreur) permettra de présumer l'intention frauduleuse».

⁷⁴ En droit anglais, le préjudice consécutif à une diffamation est présumé; cf. L. Idot, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁷⁵ Comparer pour le filtrage: C. Engel, *op. cit.*, p. 227; J.-F. Chassaing, *op. cit.*, pp. 331 et 333; F. Olivier / E. Barbry, *op. cit.*, p. 184; intervention de B. Weissshuhn dans la discussion relatée in ZUM 1996, p. 229. En France l'Union des Etudiants juifs de France a fait assigner en référé une dizaine de fournisseurs d'accès (sur 91 alors recensés), en invoquant les dispositions prises à l'encontre du révisionnisme et du négationnisme.

presse, de la radio, de la télévision ou de tout autre moyen public d'information. Certes, il est probable qu'Internet ne constitue pas un organe de presse⁷⁶ ni un organisme de radio ou de télévision⁷⁷. Cependant, il s'agit certainement d'un «média» au sens de l'article 139 LDIP, car un instrument technique s'intercale entre l'expression d'une personne et sa perception par le public; un message sur un *forum ouvert* sera accessible à un nombre indéterminé de personnes et l'article 139 LDIP s'y appliquera⁷⁸. En revanche, un message *e-mail* n'est pas destiné au public.

b) Le choix de l'article 139 alinéa 1 LDIP

45. L'article 139 alinéa 1 LDIP prévoit en apparence un rattachement au choix du lésé entre trois lois.

Peut être applicable:

- «a. le droit de l'Etat 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 Etat;
- b. le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle, ou
- c. le droit de l'Etat 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 Etat.»

46. L'article 139 alinéa 1 suscite une première interrogation relative à sa portée véritable. La doctrine majoritaire considère qu'il n'ouvre pas une triple possibilité. En effet, cette doctrine lit la loi en pensant que le droit de la résidence habituelle du lésé n'entre en ligne de compte que si le résultat de l'atteinte s'est *effectivement* fait sentir en cet endroit⁷⁹. Il ne

⁷⁶ En Suisse comme en Allemagne, à part la *périodicité*, la presse doit être *imprimée*. Comparer C. Gummig, *op. cit.*, p. 578 et P. Tercier, *op. cit.*, p. 181, n^{os} 1343-1349.

⁷⁷ Voir M. R. Büttler, *Information Highway – Rundfunk- oder Fernmeldedienst*, in R. M. Hilty, *op. cit.*, pp. 171 ss, spéc. pp. 173-174 (défaut de programme). Pour l'Allemagne, voir dans le même sens C. Gummig, *op. cit.*, p. 579.

⁷⁸ Pour Internet en général, voir T. Stäheli, *op. cit.*, p. 609.

⁷⁹ Cf. B. Dutoit, *op. cit.*, n^o 3 ad art. 139 LDIP; F. Vischer, in A. Heini / M. Keller / K. Siehr / F. Vischer / P. Volken, éd., *IPRG Kommentar*, Zurich 1993, n^o 9 ad art. 139 LDIP; T. Stäheli, *op. cit.*, p. 609; A. Bucher, in *Le nouveau droit international privé suisse*, publ. CEDIDAC n^o 9, Lausanne 1988, p. 137. Voir en général J.-L. Chenaux, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, thèse Lausanne 1990, pp. 226 ss; pour plus de précisions sur le choix, pp. 244 ss. Voir en outre P. Bourel, *Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé*, RCADI 214 (1989), pp. 324 ss, n^{os} 71 ss, spéc. pp. 330 ss, n^{os} 80 ss.

suffirait donc pas que l'atteinte en cet endroit eût été *révisible*. Par conséquent, les lettres a et c viseraient en fait le même lieu.

Evidemment, cette restriction n'est pas explicite dans le texte de la loi, et toute la doctrine ne s'y est pas ralliée⁸⁰. Une interprétation littérale de la loi ne l'impose nullement: par exemple, on peut prévoir que la diffamation d'une personnalité allemande qui vient de prendre domicile en Suisse produise des conséquences néfastes en Allemagne et il peut se faire que seul ce lieu soit prévisible, car le lésé vient de changer de domicile. La conséquence en sera que le droit suisse ne sera pas éligible. En somme, l'erreur de l'auteur de l'atteinte lui profite, en ce sens que son préjugé ne permet pas de rendre applicable le droit d'un Etat n'ayant en fait qu'un rapport ténu avec la cause, pour autant toutefois que son erreur soit raisonnablement soutenable, puisque le critère de la prévisibilité est objectif. Tout au plus remarquera-t-on que l'opinion contraire aboutirait à rendre applicable un droit étranger sur la base d'une fausse prévision soutenable. Peut-être pensera-t-on que le choix ouvert par l'article 139 alinéa 1 LDIP dans l'interprétation minoritaire déploie un effet préventif: celui qui s'attend à commettre un dommage dans une série de pays devrait s'assurer que son comportement est admissible au regard du droit de tous ces pays. En pratique toutefois, pour Internet, il ne convient pas, en raison d'une simple virtualité mal appréciée, d'offrir au choix du demandeur un droit applicable de plus: l'ubiquité du réseau permettrait en effet au demandeur de soutenir que le défendeur devait s'attendre à ce que le résultat direct, soit la perception de la diffamation, se produise dans deux cents pays. Or il n'est pas concevable d'exiger des intervenants qu'ils se conforment à deux cents droits cumulativement appliqués. Au demeurant, ce raisonnement serait spécieux, en cela que le préjudice ne se forme pas partout: il ne se réalise pas dans les pays avec lesquels le lésé n'a aucun contact et où il n'entreprend aucune affaire.

47. En conclusion sur ce point, nous croyons, avec la doctrine dominante, que le choix du lésé pour le droit applicable n'est ouvert qu'entre le droit du *lieu où le résultat s'est effectivement réalisé, s'il était prévisible qu'il s'y produisit*, et le droit de *l'établissement ou de la résidence habituelle de l'auteur de l'atteinte*.

48. Le seul point d'ombre concerne la détermination du lieu du *résultat*. Faut-il entendre l'atteinte au lieu de *diffusion* ou l'atteinte au

lieu d'*insertion sociale*, ou encore l'atteinte comptable pour les entreprises, la circonstance de rattachement étant alors le lieu de *l'établissement principal* du défendeur?

Ce dernier lieu est admis aux Etats-Unis plus aisément qu'en Europe. C'est celui-ci qu'il faut favoriser, malgré la crainte d'imposer le droit du lésé à tout coup.

Pour apprécier cette solution, il faut la comparer à la règle générale de détermination du droit applicable pour les actes illicites et à l'autre règle, spéciale, prévue pour le droit de la concurrence, en droit positif.

c) Responsabilité pour les actes illicites

49. Pour les actes illicites en général, l'article 133 LDIP prévoit un rattachement en cascade plutôt qu'un choix du lésé.

En premier lieu, l'article 133 LDIP impose le droit de l'Etat dans lequel les deux parties ont leur domicile, leur résidence habituelle ou un établissement commercial. Le droit commun des parties régit donc l'acte illicite. Sinon, lorsque le résultat s'est produit dans un Etat, et ce de façon prévisible, le droit de cet Etat s'appliquera. En dernier lieu, le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis sera applicable.

d) Droit applicable aux actes de concurrence

50. L'article 136 LDIP prévoit également un système de cascade et non un choix. Les deux critères de la loi sont: le *siège de l'établissement lésé*, sinon le *marché affecté*.

51. La doctrine y ajoute, en invoquant l'article 15 LDIP, le droit de l'Etat commun des parties si la cause n'a pas de rapport avec le public⁸¹. La hiérarchie serait donc réellement: l'*Etat commun*, sinon le *lieu du résultat* (siège de l'établissement lésé ou marché affecté).

En revanche le lieu de commission est indifférent.

e) Comparaison des solutions pour Internet

52. Transposé à Internet, l'article 133 LDIP rend donc applicable en première ligne le droit commun des parties, y compris le droit d'un établissement *local* d'un fournisseur d'hébergement ou, éventuellement, d'un fournisseur d'accès dont le siège principal est à l'étranger⁸². Cette solution est heureuse; d'ailleurs, elle ne différera pas toujours de la solution intervenant sur la base de l'article 139 alinéa 1 LDIP, car la

⁸⁰ Voir F. Dasser, in H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder, éd., *Internationales Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n° 8 ad art. 139 LDIP.

⁸¹ B. Dutoit, *op. cit.*, n° 6 ad art. 136 LDIP.

⁸² En France et en Allemagne notamment, on rappelle que de grandes manœuvres sont en cours pour exclure toute responsabilité des fournisseurs d'accès. Voir également ci-dessus n. 33.

plupart du temps, le lésé est atteint dans sa réputation là où il vit. Dans le cas où cette atteinte se fait sentir ailleurs, par exemple dans un Etat où le lésé a vécu autrefois, le droit de cet Etat peut également être choisi comme droit du lieu du résultat s'il était prévisible selon l'article 139 alinéa 1 *litt. a et c* LDIP.

La seule différence réelle existe donc au cas où l'auteur de l'atteinte ignore que le lésé est connu ou actif dans cet autre pays. L'article 139 LDIP est alors moins favorable que l'article 133 LDIP puisque, par hypothèse – très vraisemblable pour les grandes entreprises multinationales ouvrant Internet au public – le fournisseur d'hébergement ou d'accès pourrait également avoir un établissement dans cet autre Etat. Sinon, ce serait le lieu de l'acte qui déterminerait le droit applicable.

53. En deuxième lieu, l'article 133 LDIP conduit à appliquer le droit du lieu du résultat s'il y est prévisible. Ce test est identique au second choix offert à l'article 139 alinéa 1 LDIP. L'article 139 LDIP est alors plus favorable au lésé, puisque celui-ci a le choix entre ce droit et le droit du domicile ou de l'établissement commercial du défendeur⁸³.

54. Le lieu de l'acte dommageable est le dernier critère envisagé à l'article 133 LDIP. Pour les diffamations et autres atteintes sur Internet, ce sera sans doute le droit du pays duquel est parti le message, soit normalement le pays d'injection des données contestées dans un ordinateur accessible au réseau. Il n'y a coïncidence avec le droit du défendeur prévu comme l'un des deux choix possibles à l'article 139 LDIP que si le défendeur injecte les données en cause dans le pays de son domicile, de sa résidence ou de son établissement principal – ce qui ne sera pas le cas, par exemple, s'il les a insérées grâce à un instrument portable durant un voyage. Pour favoriser cette solution, on peut considérer que le fait de charger un ordinateur central à distance constituerait l'acte dommageable au sens de l'article 133 LDIP. Dans le cas où le serveur est exploité dans un autre pays, en revanche, l'article 139 LDIP n'ouvre pas la possibilité de rendre applicable le droit de ce pays – à moins d'attaquer l'organisme qui gère le serveur s'il se trouve également dans le même pays.

On voit que dans presque toutes les hypothèses, sauf celle de l'application de l'article 133 LDIP dans sa solution très subsidiaire

⁸³ Ce choix a été critiqué parce qu'il favorise le demandeur qui peut faire procéder à une étude comparative pour déterminer quel droit lui est plus favorable en l'espèce. Voir A. Bucher, La protection de la personnalité en droit international privé suisse, in *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, pp. 22-23.

(rendant applicable le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis), le lieu de commission de l'acte est indifférent. **La dématérialisation d'Internet n'affecte donc guère nos rattachements, fondés sur l'Etat commun ou le lieu du résultat prévisible.** Mais ce dernier critère devient difficile d'application en raison de l'universalité d'Internet. Voyons encore deux cas particuliers avant d'examiner le droit souhaitable.

f) L'article 139 alinéa 2 LDIP

55. Le droit de réponse à l'encontre de médias à caractère périodique est exclusivement régi par le droit de l'Etat dans lequel la publication a paru ou l'émission a été diffusée», déclare l'article 139 alinéa 2 LDIP. Peut-on appliquer cette norme à Internet ?

aa) Internet est-il un média à caractère périodique ?

56. Le terme « périodique », utilisé déjà à l'article 28g alinéa 1 CC, signifie que la diffusion de l'information se renouvelle, soit en continu, soit par période. De nombreux sites sur Internet répondent à cette définition.

Peu importe sous quelle forme s'effectue le renouvellement ; il suffit que le public qui a reçu le message contesté puisse ultérieurement prendre connaissance de la réponse dans les mêmes conditions⁸⁴. Le fait que l'information ne soit diffusée que sur demande n'est pas décisif, car c'est le cas aussi de la télévision qu'on doit mettre en marche, du journal qu'il faut ouvrir, etc. Sur ce point cependant, chacun ne partage pas le même avis⁸⁵.

bb) Quel est l'Etat de parution ou de diffusion auquel fait référence l'article 139 alinéa 2 LDIP ?

57. Assurément, cette norme a été conçue pour éviter aux médias helvétiques l'application d'une loi plus favorable au droit de réponse que le droit suisse⁸⁶. Mais à l'heure actuelle, Internet est diffusé dans tous les pays. Il n'existe plus de fonction délimitatrice générale de

⁸⁴ P. Tercier, *op. cit.*, p. 180, n^{os} 1333-1334. Aux Etats-Unis, *SportsNet* n'est pas censé être un périodique selon le droit du Wisconsin. Cf. *It's in the Cards, Inc. v. Rosario Fuschetto*, 535 N.W. 2d 11 (Wisc. App. Ct. 1995). Cet arrêt n'est pas déterminant pour la Suisse du fait que la régularité de la parution n'est pas requise en Suisse. Cf. A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 3^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995, p. 178, n^o 679.

⁸⁵ Cf. O. Rodondi, *Le droit de réponse dans les médias*, thèse Lausanne 1991, pp. 129 et 132.

⁸⁶ Voir A. Bucher, *Le premier amendement de la LDIP*, in *Mélanges Pierre Lalive*. Bâle et Francfort-sur-le-Main 1993, p. 9.

l'article 139 alinéa 2 LDIP dans ce cas. Nous en venons de nouveau à appliquer la règle de *minimis*: ce n'est pas une connexion, un déchargement isolé d'un message dans un pays qui rendra applicable le droit de celui-ci, mais une *atteinte sérieuse*, en raison soit d'un volume important de connexions, soit d'une atteinte ou d'un usage postérieur d'une certaine gravité⁸⁷.

g) L'article 139 alinéa 3

58. Pour le cas des atteintes à la personnalité « résultant du traitement de données personnelles » ainsi que des « entraves mises à l'exercice du droit d'accès aux données personnelles », l'article 139 alinéa 3 LDIP rend applicable le même système que l'article 139 alinéa 1 LDIP, soit le choix entre le droit du lieu du résultat, normalement le droit du domicile du lésé, et le droit du domicile du défendeur⁸⁸. Ceci s'appliquera, par exemple, aux profils automatisés retransmis à partir de connexions mémorisées.

h) Principe du rapport juridique préexistant

59. Aux termes de l'article 133 alinéa 3 LDIP, « lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique. »

Cette notion, reçue en Suisse depuis une vingtaine d'années⁸⁹, permet de tenir compte de l'insertion de l'acte illicite dans un cadre préexistant⁹⁰. Or on pourrait penser que de nombreux lésés seront déjà en contact d'affaires avec des fournisseurs d'hébergement, d'accès ou des centres serveurs qui pourraient être recherchés pour atteinte à la personnalité. La loi contractuelle serait alors applicable, mais le serait-elle même si l'acte illicite était sans rapport avec l'exécution du contrat ? La réponse n'est pas claire en droit positif⁹¹. En droit désirable nous l'allons voir, elle devrait être affirmative.

⁸⁷ Pour ces deux critères, concernant la compétence judiciaire, voir ci-dessus n° 34.

⁸⁸ Voir pour un commentaire détaillé, A. Bucher, in *Mélanges Pierre Lalive*, op. cit., pp. 9-10.

⁸⁹ Cf. ATF 99 II 319.

⁹⁰ Cf. F. Knoepfler / P. Schweizer, op. cit., p. 232, n° 539.

⁹¹ Cf. F. Knoepfler / P. Schweizer, op. cit., p. 232, n° 539a in principio.

2. LE DROIT DÉSIRABLE

60. Les solutions de l'article 139 LDIP sont-elles satisfaisantes pour Internet ? Trois observations guideront la réflexion à cet égard :

a) Choix du lésé ou système de la cascade

61. Le choix du lésé semble un système avantageux. Il enlève pourtant à l'opérateur du réseau comme à l'auteur des messages toute *sécurité juridique*, puisqu'il ne peut savoir à l'avance quel droit sera applicable à ses actes. En pratique, pour bien faire, il devrait se conformer au droit le plus restrictif. Or, si cet effet préventif est encore admissible lorsque seuls quelques Etats sont en cause, il n'est plus acceptable lorsque deux cents Etats sont les destinataires virtuels d'un message, dont certains n'apprécieront guère la tendance occidentale à privilégier l'information au détriment de la discrétion.

Nous considérons donc qu'un rattachement en cascade serait préférable, dans la mesure où il mettrait au premier rang le droit du pays dans lequel il est prévisible que le dommage se produira. La *prévisibilité* est un facteur qui protège l'opérateur d'Internet ; elle ne favorise pas l'autocensure par rapport aux conceptions les plus extravagantes, mais elle dicte la prudence quant aux affirmations visant des entreprises ou des personnes actives dans des pays dans lesquels la discrétion est une vertu.

b) Rattachement au droit du contrat

62. Le concept de *relation juridique préexistante* que consacre la LDIP en deux articles (art. 133 et 136⁹² LDIP) mérite d'être repris : lorsque les parties ont conclu un contrat désignant le droit applicable, ce droit devrait régir leurs relations. Même si les ordres juridiques suisse et allemand sont isolés en prévoyant souvent un concours entre les actions contractuelles et les actions délictuelles en responsabilité civile⁹³, l'idée d'une connexité entre les services rendus par le Net à l'utilisateur et les dommages éventuels que l'utilisateur peut souffrir en raison du Net justifie qu'un seul droit soit alors applicable.

Au cas où l'existence d'une pluralité de victimes sises dans des pays différents rend douteux le droit applicable, l'existence d'une relation

⁹² Visant la concurrence économique. En cas d'atteinte à la personnalité économique par des actes de la concurrence déloyale commis au travers de médias, l'article 136 LDIP s'applique à l'exclusion de l'article 139 LDIP. Cf. B. Dutoit, op. cit., n° 11 ad art. 136 LDIP.

⁹³ P. Gauch / W. R. Schluep, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, 6^e éd., Zurich 1995, pp. 161 ss, n° 2902 ss ; K. Oftringer / E. W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5^e éd., Zurich 1995, pp. 682 ss. Pour le droit allemand, E. Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2^e éd., Cologne, Berlin, Bonn et Munich 1996, p. 57, n° 82.

juridique entre l'une d'entre elles et l'auteur du dommage pourrait donner un indice secondaire du *centre de gravité* de la cause. La détermination du droit applicable en sera facilitée, mais elle dépendra en fin de compte de savoir quelles sont les parties au procès.

c) Rattachements proposés

63. Compte tenu des remarques qui précèdent, nous proposons les rattachements suivants pour les atteintes à la personnalité par la voie des réseaux informatiques :

1. **droit du pays de domicile, résidence habituelle ou établissement commercial du lésé lorsque la survenance du dommage en ce lieu est prévisible pour le responsable, c'est-à-dire dans la plupart des cas** ; ce critère assure l'unité entre juridiction et droit applicable ;
à défaut :
2. **droit d'un autre pays où se produit le résultat de l'atteinte s'il est possible de prévoir en quel lieu le résultat prend place** ;
à défaut :
3. **droit du pays où les données sont injectées dans le réseau** ;
à défaut :
4. **droit du pays du domicile, de la résidence habituelle ou de l'établissement commercial du défendeur.**

CONCLUSION

64. Internet n'exige pas une modification fondamentale des méthodes du droit international privé. Les réseaux télématiques rendent néanmoins plus redoutable la théorie de l'*ubiquité*, en matière de compétence comme en matière de droit applicable. En effet, lorsqu'on envisageait les délits à distance traditionnels, il s'agissait de deux ou plusieurs Etats proches qui étaient mis en cause. Désormais, l'*ubiquité* est devenue universelle, car ce sont tous les Etats du globe qui sont rattachés au réseau. Quelles conséquences en déduire ?

65. D'une part, l'existence d'un dommage virtuel dans un certain Etat ne suffit pas à établir une *proximité* suffisante pour la compétence judiciaire ou un *centre de gravité* pertinent pour le droit applicable. Le juriste exigera des preuves d'un dommage effectif, et il opposera fermement réalité et virtualité.

66. D'autre part, le réseau est pour l'heure fort décentralisé. Cependant, on ne se dissimulera pas qu'à moyen terme, les grands fournisseurs d'accès, America Online, Compuserve, Prodigy et les autres deviendront la cible principale des actions judiciaires pour diffamation ou abus des données personnelles, dans la mesure où la législation nationale ne leur accorde pas une immunité. Cette évolution est juste, car seuls de très grands fournisseurs peuvent investir dans les contrôles nécessaires. A leur charge, une responsabilité subsidiaire – comme en droit suisse, belge et français pour la presse – et une responsabilité pour complicité – comme aux articles 50 et 51 CO – sont déjà largement reconnues aux Etats-Unis.

Le droit international privé doit reconnaître cette évolution, et ouvrir largement la compétence des tribunaux des établissements locaux et des filiales des grands fournisseurs d'hébergement et d'accès. Le droit commun du lésé et de cette filiale devrait s'appliquer autant que possible.

67. Enfin, le développement d'Internet contraindra les juristes à mieux élaborer les notions de lieu du *fait générateur* du dommage et de lieu du *résultat*. Lorsqu'il s'agit d'atteintes immatérielles, le fait générateur est-il vraiment localisable en un endroit précis de cette « toile d'araignée mondiale » ? Lorsqu'il s'agit d'atteintes à des valeurs immatérielles, le résultat est-il vraiment sensible ailleurs qu'à l'endroit où le patrimoine de la victime est localisé ?

Sur le premier point, Internet entraînera à notre avis l'abandon de la *lex loci delicti commissi* dans les pays qui la pratiquent encore. Quant au second point, on devra accepter, par une sorte d'abstraction, que **les valeurs immatérielles sont toujours localisées au domicile ou à l'établissement principal du lésé**. On ne recule d'ailleurs pas devant cette conception pour déclarer applicable à un contrat le droit du pays de celui qui effectue une prestation caractéristique : cette règle vise à consacrer un statut unique pour l'interprétation des obligations et pour la responsabilité patrimoniale. Or ce qui est caractéristique, dans les délits, ce n'est pas l'activité de l'auteur, mais la lésion de la victime. Il est donc naturel de lui appliquer son droit, par une sorte de simplification. Et Internet fera également reculer l'horreur du *forum actoris*, car on pourra aisément admettre qu'en rendant disponibles certaines données par réseau interposé, l'auteur du dommage a établi *de sa propre initiative*⁹⁴ un contact avec le for du demandeur.

⁹⁴ C'est un critère essentiel, notamment aux Etats-Unis, voir par ex. *Fallang v. Hickey*, 532 N.E. 2d 117 (Ohio Sup. Ct. 1988).

68. Quant au fond, on ne craindra pas que la liberté d'expression soit muselée sur le réseau en raison de législations trop favorables aux lésés. Ceux-ci sont des êtres humains, ou des entreprises travaillant pour des êtres humains. Leur dignité mérite d'être protégée contre les intrusions et les diffamations. Il est certain qu'une pesée des intérêts aura lieu, mais pour l'obtenir, il convient d'ouvrir libéralement les portes des tribunaux et de déterminer avec sûreté le droit applicable.

* * * * *