

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Droit international et droit européen

Moïny, Jean-Philippe

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2012

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Moïny, J-P 2012, 'Droit international et droit européen: l'intention "géodéterminée" : un facteur de rattachement confirmé ?', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, pp. 208-244.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La Cour de cassation<sup>1169</sup> rejette le pourvoi au motif que l'article 46bis, § 2, du Code d'instruction criminelle requiert uniquement que la décision du procureur du Roi soit motivée de telle sorte qu'il transparaît à sa lecture qu'elle a été prise en tenant compte des exigences de proportionnalité et de subsidiarité. Selon la Cour, un tel type de motivation, ne contenant pas les éléments concrets la justifiant, n'empêche pas le juge du fond de se prononcer sur sa légalité.

## VIII. DROIT INTERNATIONAL ET DROIT EUROPÉEN – L'INTENTION « GÉODÉTERMINÉE » : UN FACTEUR DE RATTACHEMENT CONFIRMÉ ?

Jean-Philippe MOINY<sup>1170</sup>

### A. Introduction

**343. Introduction.** Une chronique de jurisprudence en matière de droit des TIC et de droit international privé se focalise rapidement sur l'Internet. Outre la structure classique du propos – compétence (B), droit applicable et libre prestation des services<sup>1171</sup> (C) –, requise à des fins de lisibilité, mais parfois impuissante à séparer efficacement et hermétiquement les développements<sup>1172</sup>, une autre lecture de la jurisprudence étudiée, centrée sur Internet et plus transversale, est brièvement proposée à titre introductif.

Dans un sens, ce qui a lieu « sur Internet » n'est qu'un prolongement des activités du monde « physique », si l'on peut dire ; « *het internet is een plaats, weliswaar een virtuele plaats, maar een plaats waar dezelfde transacties kunnen gebeuren als in een reël gebouw [...]* »<sup>1173</sup>. Ce réseau présente néanmoins certaines spécificités parmi lesquelles nous retenons sa décentralisation et son accessibilité ubiquitaire. Sans aucun doute, celles-ci alimentent les discussions en droit international et le cas échéant, nécessitent des aménagements jurisprudentiels<sup>1174</sup>.

**344. Intention « géodéterminée ».** Souvent, les juridictions rechignent, à juste titre, à assortir la simple accessibilité d'un site Web de conséquences juridiques, si bien qu'elles recherchent chez le prestataire de service, en appliquant les règles de droit international privé, une intention d'atteindre un marché national, de destiner son service à une audience particulière, de cibler des

<sup>1169</sup> Cass., 29 mars 2011, R.G. n° P.10.1755.N., *T. Strafr.*, 2011/6, p. 426.

<sup>1170</sup> Aspirant du F.R.S.-FNRS au CRIDS. L'auteur remercie vivement la professeure Stéphanie Francq pour sa relecture et ses commentaires avisés.

<sup>1171</sup> S'il est vrai qu'à strictement parler, les décisions relatives à la libre prestation des services ne portent pas directement sur le droit international privé, elles ont néanmoins une incidence sur l'applicabilité des règles nationales aux situations comportant un élément d'extranéité, et méritent par conséquent d'être évoquées.

<sup>1172</sup> La structure n'inclut en outre pas la question de la compétence territoriale interne des juridictions belges, pourtant évoquée *infra*, n° 375.

<sup>1173</sup> Prés. Comm. Mechelen, 27 avril 2010, *Ann. prat. marché, propriété intellectuelle, concurrence*, 2010, p. 517. Dans cette affaire, le président considère qu'un site Web de jeux de hasard constitue un établissement de jeux de hasard que la loi définit comme « les bâtiments ou les lieux où sont exploités un ou plusieurs jeux de hasard », article 2, 3°, de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, *M.B.*, 30 décembre 1999. Pour une autre analogie entre le monde « physique » et le monde « virtuel », en matière de rémunération pour copie privée, voy. *infra*, n° 376.

<sup>1174</sup> Par exemple, voy. *infra*, n°s 355 et 356.

personnes, bref en deux mots – dont un est inventé : une intention « géodéterminée »<sup>1175</sup>, sorte de facteur de rattachement territorial subjectif. Derrière tous ces termes, c'est en principe le rattachement à l'ordre juridique d'un État *par le territoire* de ce dernier qui est recherché<sup>1176</sup>. Dans le contexte de la présente chronique, la manifestation probablement la plus explicite de cette nécessité d'une intention « géodéterminée », apparaît en droit international privé européen de la consommation, dans la prise en compte de la direction des activités du professionnel<sup>1177</sup>. Tout ceci n'est pas sans rappeler l'interprétation donnée au « *purposeful availment* » par la Cour suprême des États-Unis dans l'analyse de la compétence des tribunaux (*personal jurisdiction*)<sup>1178</sup>.

Une hypothèse d'application de ce type de rattachement se trouve même en droit pénal, dans une affaire soumise au tribunal correctionnel de Termonde impliquant Yahoo! Inc. (établie aux États-Unis) et l'article 46bis du Code d'instruction criminelle<sup>1179</sup>. Il est utile de lui dédier quelques lignes car nous ne pouvons y revenir plus amplement dans la présente chronique. Le ministère public souhaitait obtenir de la société des données d'identification de titulaires de comptes *e-mail*. Considérant que Yahoo! Inc. offrait un service de communications électroniques<sup>1180</sup>, le juge a dû évaluer sa compétence territoriale. En substance, le tribunal décida que Yahoo! était présente sur le territoire belge, fût-ce via Internet (ou virtuellement), et était d'ailleurs disponible pour des tiers sur le territoire belge. Le tribunal jugea que dès lors que le prestataire de service

<sup>1175</sup> Protection du consommateur, voy. *infra*, n°s 347-352 ; droit des marques, voy. *infra*, n°s 362-363 et 385-386 ; pratiques du marché, publicité trompeuse, voy. *infra*, n° 367 ; droit d'auteur, voy. *infra*, n°s 379-384.

<sup>1176</sup> En droit international public, la compétence territoriale de l'État (« *jurisdiction* ») est la plus large et la moins contestable (à propos de la question de la compétence de l'État, voy. notamment NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 353-398 ; F.A. MANN, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years », *R.C.A.D.I.*, 1984, 3, pp. 13-115). Ensuite, la « localisation objective [des relations de droit privé] paraît être la directive générale propre à concilier les différents intérêts que doit satisfaire le droit international privé » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 446). Il ne faut toutefois pas se méprendre, il est ici question de localisation dans un *ordre juridique* ce qui, il importe de souligner, ne se limite pas à la simple question de la localisation géographique. Enfin en droit pénal, il s'agit de déterminer le lieu de commission de l'infraction pour identifier les autorités compétentes pour engager les poursuites et le droit applicable à cette infraction (voy. l'article 3 du Code pénal belge et en détails, F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, Larcier, Bruxelles, 2009).

<sup>1177</sup> Voy. *infra*, n°s 347-352.

<sup>1178</sup> Une récente décision de la Cour peut être citée à ce sujet : « [t]he question is whether a defendant has followed a course of conduct directed at the society or economy existing within the jurisdiction of a given sovereign, so that the sovereign has the power to subject the defendant to judgment concerning that conduct », Cour suprême des États-Unis, 27 juin 2011 (*J. McIntyre Machinery contre Nicastro*), 564 U.S.(2011).

<sup>1179</sup> Corr. Termonde, 2 mars 2009, *T. Straf.*, 2009, pp. 116-124. L'article 46bis du CIC stipule que « § 1<sup>er</sup>. [...] le procureur du Roi peut, [...] en requérant au besoin le concours de l'opérateur d'une réseau de communication électronique ou d'un fournisseur d'un service de communication électronique [...], procéder ou faire procéder sur la base de toutes données détenues par lui, ou au moyen d'un accès aux fichiers des clients de l'opérateur ou du fournisseur de service à : 1° l'identification de l'abonné ou de l'utilisateur habituel d'un service de communication électronique ou du moyen de communication électronique utilisé ; 2° l'identification des services de communication électronique auxquels une personne déterminée est abonnée ou qui sont habituellement utilisés par une personne déterminée. [...] ».

<sup>1180</sup> Sur ce point, la décision du tribunal a été réformée par un arrêt du 30 juin 2010 de la cour d'appel de Gand (disponible sur [http://jure.juridat.just.fgov.be/view\\_decision?justel=N-20100630-1&idxc\\_id=242315&lang=fr](http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision?justel=N-20100630-1&idxc_id=242315&lang=fr)), qui n'a d'ailleurs pas abordé la question de la compétence internationale des tribunaux belges. Cet arrêt a lui-même été cassé par la Cour de cassation (Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 18 janvier 2011, *R.D.T.I.*, 3/2011, pp. 114-115 et note de L. KERZMANN, pp. 116-123). À ce sujet, le lecteur est renvoyé à la partie de la chronique relative à la cybercriminalité.

Yahoo! Inc. était *économiquement* présent sur le territoire belge<sup>1181</sup>, il devait également être considéré comme *judiciairement* présent; le procureur avait adressé son injonction à un ressortissant américain se trouvant en Belgique et y offrant des services<sup>1182</sup>. Le tribunal souligna en passant que Yahoo! était libre de filtrer les utilisateurs disposant d'adresses IP de fournisseurs d'accès belge pour être économiquement inaccessible depuis la Belgique<sup>1183 1184</sup>.

**345. Simple accessibilité d'un site Web.** Parfois toutefois, le contenu du site Web est tel que sa simple accessibilité suffit à l'exercice par l'État de sa compétence<sup>1185</sup>. En matière de noms de domaine<sup>1186</sup> par ailleurs, même la simple occupation d'un site peut être problématique. Dans toutes ces hypothèses, on s'interrogera sur la faisabilité du filtrage des internautes, et sur l'intérêt ou l'obligation d'y recourir<sup>1187</sup>.

On le sait, l'internationalité liée à Internet force la cohabitation des réglementations étatiques. Même si au sein de l'Union, en matière de prestation de services de la société de l'information, la clause de marché intérieur voit aujourd'hui sa portée clarifiée<sup>1188</sup>, des services juteux – jeux de hasard – échappent encore au filtre nivelant de l'harmonisation<sup>1189</sup>. Les utilisateurs d'Internet – professionnels ou pas – sont encore potentiellement l'objet de réglementations divergentes.

**346. Ordre public national et Internet.** Les États demeurent, dans les limites imposées par les règles du marché intérieur, libres d'exercer leur compétence en vue de la défense effective en ligne, de leur ordre public. À ce sujet et à propos de la gouvernance d'Internet, les termes de la Cour de justice, réunie en Grande Chambre, concluent opportunément la présente introduction: il « ne saurait être dénié à un État membre le droit d'étendre à Internet l'application des normes restrictives unilatérales qu'il adopte à des fins légitimes d'intérêt général, au seul motif que ce vecteur technologique revêt un caractère par essence transnational »<sup>1190</sup>; et il « est constant que les États ne sont nullement dépourvus de moyens juridiques leur permettant d'assurer, aussi efficacement que possible, le respect des normes qu'ils édictent à l'endroit des acteurs opérant sur Internet et relevant, à un titre ou à un autre, de leur juridiction »<sup>1191</sup>.

<sup>1181</sup> Les adresses *e-mail* peuvent être utilisées en Belgique, et Yahoo! Inc. met à disposition des consommateurs belges des « guichets électroniques » (« *webloketten* ») via lesquels elle répond à des questions, requêtes, etc.

<sup>1182</sup> Corr. Termonde, 2 mars 2009, *op. cit.*, p. 121, point 4.2.

<sup>1183</sup> *Ibid.*, point 4.3.

<sup>1184</sup> Étant donné qu'il est impossible de traiter intégralement l'affaire en question, il est renvoyé au jugement pour la suite du raisonnement du juge qui poursuit en considérant que sont en cause des « télécommunications » en Belgique (*ibid.*, point 4.4). Le juge considère ensuite que « [d]e U.S. Electronic Privacy Act (ECPA) is niet van toepassing op elektronisch verkeer dat Belgisch territoriaal kan worden beschouwd en tot stand kwam middels een in België aangeboden dienst » (*ibid.*, point 4.6). Enfin, le tribunal écarte, en application de la théorie de l'ubiquité, le raisonnement de Yahoo! selon laquelle la compétence territoriale est déterminée par le lieu de commission de l'acte incriminé (ici, le refus de communiquer les informations requises) (*ibid.*, point 4.8).

<sup>1185</sup> Droits de la personnalité, voy. *infra*, n°s 353-357; jeux de hasard, voy. *infra*, n° 394.

<sup>1186</sup> Au sujet de la jurisprudence en matière de noms de domaine, voy. *infra*, n°s 365-366 et 369-373.

<sup>1187</sup> Voy. *infra*, n°s 351, 385 et 396.

<sup>1188</sup> Voy. *infra*, n°s 389-390.

<sup>1189</sup> Voy. *infra*, n°s 392-397.

<sup>1190</sup> C.J.U.E. (gde ch.), 8 juillet 2010, *Markus Stoß; Avalon Service-Online-Dienste et Olaf Amadeus Wilhelm Happl contre Xetteraukreis et Kulpa AutomatenService Asperg; SOBO Sport & Entertainment et Andreas Kunert contre Land Baden-Württemberg*, aff. jointes C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, § 86.

<sup>1191</sup> *Ibid.*, § 87.

## B. Compétence des cours et tribunaux

### 1. Règlement Bruxelles I – Articles 15 et 16 – Matière contractuelle – Protection du consommateur – Affaire Pammer et Hotel Alpenhof

**347. Base légale et faits.** Dans les affaires jointes *Pammer et Hotel Alpenhof*<sup>1192</sup>, la Cour de justice, réunie en Grande Chambre, s'est prononcée au sujet du critère de direction des activités d'un professionnel déclenchant la protection du consommateur en matière de droit international privé européen. Cette protection et ses conditions de déclenchement ont été étudiées en détails ailleurs<sup>1193</sup>. Suffisent en l'espèce quelques considérations élémentaires.

L'article 15 (en particulier les §§ 1, c, et 3), du règlement Bruxelles I<sup>1194</sup> en matière de compétence internationale des cours et tribunaux européens a été interprété par la Cour dans le contexte d'Internet. En substance, deux règles protectrices découlent du jeu des articles 15.1, c), et 16 du règlement Bruxelles I lorsque notamment, le cocontractant professionnel du consommateur *dirige ses activités vers l'État du domicile du consommateur*, et que le contrat en cause *entre dans le cadre de ces activités* (condition de déclenchement de la protection). D'une part, le consommateur peut assigner son cocontractant devant le tribunal du lieu de son domicile ou devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel ce cocontractant est domicilié<sup>1195</sup>. D'autre part, le consommateur ne peut être attiré par le professionnel que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel il est domicilié<sup>1196</sup>.

Les deux affaires soumises à la Cour portaient sur des situations dans lesquelles consommateurs et professionnels sont domiciliés dans des États membres différents, et où il convenait d'évaluer la condition de déclenchement de la protection juste exposée. L'arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof* a évidemment été commenté ailleurs, et il est renvoyé à ces commentaires pour plus de détails<sup>1197</sup>.

Quant aux faits, dans l'affaire *Pammer*<sup>1198</sup>, M. Pammer, domicilié en Autriche, avait réservé à distance un voyage en cargo organisé par la société Reederei Karl Schlüter établie en Allemagne, via une société intermédiaire promouvant le service en question sur Internet (le contrat ayant été conclu par courrier postal). Insatisfait de son séjour, M. Pammer assigna en Autriche la société alle-

<sup>1192</sup> C.J.U.E. (gde ch.), 7 décembre 2010, *Pammer contre Reederei Karl Schlüter; Hotel Alpenhof contre Olivier Heller*, aff. jointes C-585/08 et C-144/09.

<sup>1193</sup> Pour une étude détaillée de cette question, voy. J.-P. MOINY et B. DE GROOTE, « 'Cyberconsommation' et droit international privé », *R.D.T.I.*, 37/2009, pp. 5-37.

<sup>1194</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O. L. 12*, du 16 janvier 2001, ci-après « règlement Bruxelles I ».

<sup>1195</sup> Article 16.1 du règlement Bruxelles I.

<sup>1196</sup> Article 16.2 du règlement Bruxelles I.

<sup>1197</sup> Voy. notamment, D.J.B. SVANTESSON, « *Pammer and Hotel Alpenhof* – ECJ decision creates further uncertainty about when e-businesses "direct activities" to a consumer's state under the *Brussels I Regulation* », *Computer Law and Security Review*, 2011/27, pp. 298-304; E. ALVARES ARMAS et M. DECHAMPS, « Arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*: L'équilibre entre consommateurs et professionnels dans l'e-commerce », *R.E.D.C.*, 2011/2, pp. 447-453; R. STEENNOT, « Hof van Justitie preciseerd bevoegd gerecht bij verkoop via internet », *Juristenkrant*, 23 février 2011, p. 7. Le lecteur est également renvoyé à ces commentaires quant aux aspects de la décision liés à la qualification de contrat de transport (*Pammer et Hotel Alpenhof*, *op. cit.*, §§ 34-46).

<sup>1198</sup> Voy. *Pammer et Hotel Alpenhof*, *op. cit.*, §§ 14-25 et 50.

mande qui contesta la compétence de la juridiction autrichienne. Le cas *Hotel Alpenhof*<sup>1199</sup>, sous l'angle des parties à l'action en justice, est juste inverse. Il oppose *Hotel Alpenhof*, une société exploitant un hôtel en Autriche, à un consommateur, M. Heller, résident allemand qui avait réservé plusieurs chambres via Internet, par courriel, grâce à l'adresse diffusée sur le site promotionnel d'*Alpenhof*. Mécontent du service, le consommateur n'a pas payé sa facture. *Alpenhof* l'assigna alors en Autriche où il contesta la compétence de la juridiction autrichienne.

**348. Article 15.3, voyage en cargo.** Avant d'entrer dans le vif du sujet – la direction des activités –, il importe de noter que l'article 15.3 du règlement Bruxelles I prévoit que la section de ce dernier relative aux contrats conclus par les consommateurs « ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement ». Dans l'affaire *Pammer*, la Cour juge que constitue bien un contrat combinant, pour un prix forfaitaire, voyage et hébergement, le contrat relatif au voyage *en cargo* effectué par M. *Pammer*<sup>1200</sup>.

**349. Article 15.1, c), principes d'interprétation.** La Cour rappelle ensuite que l'article 15.1, c), est une règle dérogeant aux autres règles générale et spéciale (contrat) de compétence du règlement. Le concept d'activités « dirigées » doit recevoir une interprétation autonome, systémique et téléologique (protection adéquate de la partie faible qu'est le consommateur) en vue d'assurer l'effectivité du règlement. Et l'article 15.1, c), est rédigé de manière plus générale que ne l'était son équivalent sous l'empire de la Convention de Bruxelles<sup>1201</sup> dont il englobe les hypothèses<sup>1202</sup>.

**350. Direction des activités.** À propos du critère de direction des activités, la Cour souligne que c'est à la juridiction nationale qu'il incombe de décider si *in concreto*, il y est satisfait ou pas<sup>1203</sup>. À cette fin, elle lui fournit les éléments d'analyse suivants. Pour que la protection du consommateur s'applique, la Cour juge que « le commerçant doit avoir manifesté sa *volonté d'établir des relations commerciales* avec les consommateurs d'un ou de plusieurs autres États membres, au nombre desquels figure celui sur le territoire duquel le consommateur a son domicile »<sup>1204</sup> (italique ajouté par nous).

D'abord, cela vaut même lorsque les activités du commerçant ne sont pas *substantiellement* dirigées<sup>1205</sup> vers ce territoire. Et le recours à un site Internet d'un tiers intermédiaire est sans incidence à ce sujet<sup>1206</sup>.

Ensuite, la volonté du commerçant peut être *implicite*. Il en est ainsi lorsque le professionnel recourt aux modes classiques de publicité adressés vers le territoire d'un État. Les dépenses nécessaires à cette fin impliquent son intention<sup>1207</sup>. Mais la Cour distingue ici Internet de ces modes classiques. Car il est clair que la simple accessibilité d'un site Internet, qui est par nature mondiale,

<sup>1199</sup> *Ibid.*, §§ 25-32 et 51.

<sup>1200</sup> *Voy.* §§ 34-46.

<sup>1201</sup> Prédécesseur du règlement Bruxelles I, voy. l'article 13 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Bruxelles, le 27 septembre 1968, J.O. L. 299, du 31 décembre 1972.

<sup>1202</sup> *Pammer et Hotel Alpenhof, op. cit.*, §§ 53-62.

<sup>1203</sup> *Ibid.*, §§ 85 et 93.

<sup>1204</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>1205</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>1206</sup> *Ibid.*, § 89.

<sup>1207</sup> *Ibid.*, §§ 65-67.

ne permet pas de conclure à l'existence de la volonté précitée<sup>1208</sup>. La juridiction nationale doit donc rechercher des « indices démontrant que le commerçant envisageait de commercer » avec des consommateurs domiciliés – notamment – sur le territoire de domicile du consommateur en cause, « en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec ces consommateurs »<sup>1209</sup>.

N'est pas à compter parmi ces indices, « la mention sur un site Internet de l'adresse électronique ou géographique du commerçant non plus que l'indication de ses coordonnées téléphoniques sans préfixe international »<sup>1210</sup>. En effet d'une part, ces données sont nécessaires aux consommateurs du domicile du professionnel souhaitant contacter ce dernier. Et d'autre part, certaines d'entre elles sont obligatoires en raison du droit européen<sup>1211</sup>. La Cour tranche par la même occasion un ancien débat, en décidant que la distinction entre les sites dits « interactifs » et ceux dits « passifs » n'est pas déterminante<sup>1212</sup>. Dans les deux cas, le consommateur jouit d'une facilité de contact du professionnel ne préjugant en rien de l'intention de ce dernier.

D'autres indices doivent donc être pris en compte, dont les « expressions manifestes » de la volonté du commerçant d'offrir ses biens ou services dans un ou plusieurs États<sup>1213</sup>; sa volonté *explicite* et positive. La Cour évoque aussi à cet égard les dépenses dans un service de référencement sur Internet. Pour que le recours à ce type de service soit réellement pertinent, nous semble-t-il, il devrait emporter, à l'occasion de la définition de la campagne publicitaire, un ciblage géographique<sup>1214</sup>. À moins qu'il ne résulte de façon certaine de la campagne choisie, que le commerçant entende destiner ses services aux consommateurs du monde entier. Mais alors il serait préférable de ranger ce dernier indice avec les autres non exhaustivement évoqués par la Cour et qu'il convient, le cas échéant, de combiner.

De nouveau implicite, la volonté positive du commerçant peut ainsi se dégager de la combinaison des indices suivants : la « nature internationale de l'activité en cause » (*e.g.*, certaines activités touristiques), la mention de coordonnées téléphoniques avec préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau<sup>1215</sup> autre que celui du pays d'établissement du professionnel, la mention d'une « clientèle internationale » (notamment par le biais de témoignages), la « présentation d'itinéraires de voyages à partir d'un ou de plusieurs États membres vers le lieu de la prestation de service », la possibilité d'utiliser le service dans une langue autre que celles pratiquées dans le pays d'établissement du commerçant, et la possibilité de payer dans une monnaie autre que celle de cet État<sup>1216</sup>.

<sup>1208</sup> *Ibid.*, §§ 68-74.

<sup>1209</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>1210</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>1211</sup> Voy. la directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O. L. 178*, du 17 juillet 2000.

<sup>1212</sup> *Pammer et Hotel Alpenhof*, *op. cit.*, § 79.

<sup>1213</sup> *Ibid.*, §§ 80-82.

<sup>1214</sup> Ce qui est par exemple possible dans le cas de Google AdWords, voy. <http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=fr&answer=6304&ctx=cb&src=cb&cbid=-zekx3wq7ulh8&cbrank=1>.

<sup>1215</sup> À propos des noms de domaine, voy. *infra*, n° 365.

<sup>1216</sup> *Pammer et Hotel Alpenhof*, *op. cit.*, §§ 83-84.

**351. Volonté négative du commerçant (*disclaimer*).** La décision de la Cour s'arrête là. Elle n'évoque pas la question de la volonté *explicite* et *négative* du professionnel: le *disclaimer* en vertu duquel ce dernier limiterait son offre de service aux consommateurs ressortissants d'un ou plusieurs États désignés. Cet élément devrait néanmoins pouvoir être considéré comme un indice parmi d'autres. En effet, le commerçant est susceptible ou non de s'en tenir à ses déclarations, et il est donc périlleux de considérer comme déterminante *per se*, une telle déclaration. Ce type de *disclaimer* pourrait être couplé avec des mesures de géolocalisation empêchant l'accès au service des internautes au service concerné<sup>1217</sup>. Ceux-ci peuvent par exemple être géographiquement filtrés en fonction de leurs adresses IP<sup>1218</sup>. Ce moyen se révélerait particulièrement utile quant aux services du *Cloud Computing* tels que les réseaux sociaux, etc.<sup>1219</sup>, et en matière de jeux de hasard en ligne<sup>1220</sup>. Tout service presté intégralement par voie électronique pourrait en outre (ou plutôt) contenir un champ dans lequel l'utilisateur doit mentionner son État de domicile (et, le cas échéant, de résidence), voire la région dans laquelle il se situe si l'offre est limitée à une région d'un pays. En cas de contournement de ces mesures par l'internaute (utilisation d'un serveur *proxy* ou mensonge), il perdrait alors le bénéfice de la protection dont il est censé jouir en droit international privé. Insistons une fois de plus sur la nécessité de *coupler* cette mesure au *disclaimer*, et soulignons l'importance d'informer l'internaute quant à la conséquence de tout contournement, afin de s'assurer que celui-ci agisse bien en connaissance de cause.

**352. Perspectives dans d'autres matières.** Enfin, il faut souligner que l'arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof* de la Cour de justice peut rayonner au-delà de la compétence internationale des cours et tribunaux en matière de contrats conclus par les consommateurs. Il s'avère pertinent dès qu'il s'agit de déterminer le public (le marché) ciblé par un site Web. Ainsi d'abord, toujours quant aux contrats conclus par les consommateurs, l'arrêt inspirera évidemment l'interprétation du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>1221</sup>. Ensuite, comme nous

<sup>1217</sup> À ce sujet, voy. K.F. KING, « Personal jurisdiction, internet commerce, and privacy: The pervasive legal consequences of modern geolocation technologies », *Albany Law Journal of Science and Technology*, 2011, 21, pp. 61-124.

<sup>1218</sup> Le professionnel prendra en compte le statut de l'adresse IP qui souvent est une donnée à caractère personnel, bien que techniquement, elle ne le soit pas toujours nécessairement, voy. J.-P. MOINY, « Are Internet protocol addresses personal data? The fight against online copyright infringement », *Computer Law & Security Review*, 27, 2011, pp. 348-361 ; C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), 24 novembre 2011, *Scarlet Extended contre SABAM*, aff. C-70/10, § 51. Quoi qu'il en soit, même si cette question ne peut être discutée en l'espèce, un simple traitement de filtrage du type de celui évoqué en l'espèce, ne devrait pas être problématique au regard de la réglementation protectrice des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. En Belgique, sans pouvoir entrer dans les détails, dans le cadre de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*M.B.*, 18 mars 1993) – la « loi vie privée » –, un tel traitement pourrait par exemple être fondé sur le consentement de la personne concernée (article 5, al. 1<sup>er</sup>, a) de la loi vie privée). Cette dernière demandant à accéder à un service dont l'accès est géographiquement limité, le prestataire du service pourrait obtenir son consentement afin de pouvoir vérifier automatiquement sa localisation via son adresse IP. La géolocalisation pourrait d'ailleurs éventuellement être vue comme une mesure précontractuelle au sens de l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, b) de la loi. L'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, f), de la loi, permettant au responsable de traitement de réaliser une « balance des intérêts », pourrait encore être invoqué. La donnée ne serait alors conservée que le temps du traitement de la demande de l'internaute. Et en application du principe de proportionnalité, la précision de la géolocalisation serait à la mesure de la précision de la délimitation géographique du service offert.

<sup>1219</sup> À propos de ces services, voy. J.-P. MOINY, « Cloud Computing: validité du recours à l'arbitrage? Droits de l'homme et clauses abusives (partie I) », *R.L.D.J.*, 2011, 77, pp. 96-99.

<sup>1220</sup> Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 392-397.

<sup>1221</sup> Voy. l'article 6.1 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O. L. 177*, du 4 juillet 2008, ci-après « règlement Rome I ».

le démontrerons ultérieurement, la Cour applique et adapte quelque peu sa jurisprudence dans l'affaire *L'Oréal contre eBay*, en matière de droit des marques, lorsqu'il est question d'offres électroniques de biens ou services à destination de consommateurs européens<sup>1222</sup>. En France, toujours en matière de marques, la Cour de cassation a jugé que la compétence internationale des juridictions françaises ne pouvait être fondée que si les annonces litigieuses étaient « destinées au public de France ». Elle s'est prononcée en ce sens dans deux affaires, l'une impliquant eBay<sup>1223</sup> et l'autre, Google AdWords<sup>1224</sup>. En Belgique, la cour d'appel de Bruxelles a également pris en compte l'offre d'un site Web à l'attention d'un marché quant au droit applicable en matière de droit d'auteur, afin de localiser l'acte illicite<sup>1225</sup>. Enfin *de lege ferenda*, les règles désignant le droit applicable en matière de protection des personnes contre le traitement de données à caractère personnel, matière harmonisée par la directive 95/46<sup>1226</sup> en cours de révision, pourraient prendre en compte la direction des activités du responsable de traitement lorsque ce dernier n'est pas établi sur le territoire de l'Union<sup>1227</sup>.

<sup>1222</sup> Voy. *infra*, n°s 385-386.

<sup>1223</sup> Voy. Cass. (fr.), 29 mars 2011, *Maceo contre eBay*, pourvoi n° W 10-12.272, arrêt n° 336 F-D, disponible sur <http://www.juriscom.net/>. Après cassation, l'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel de Paris qui a jugé qu'en l'espèce, les offres à la vente de vêtements de la marque Maceo (société demanderesse) n'étaient pas destinées au public français, voy. Cour d'appel de Paris, 6 décembre 2011, *Maceo contre eBay*, n° 11/09179, disponible sur <http://www.juriscom.net/>, p. 5. La Cour considéra que le fait qu'une livraison de bien ait été réalisée et constatée par un huissier en France n'était pas déterminant. Elle souligna aussi que la rédaction des annonces en langue anglaise démontrait qu'elles ne visaient pas d'emblée le public français (quel que soit le degré d'expansion de la langue française, elle n'est pas accessible à tout français), et que l'offreur ne mettait pas un logiciel de traduction à la disposition des internautes. Elle nota encore que malgré l'affichage de photos, les mesures des vêtements étaient mentionnées en *inches*, la monnaie de paiement était le dollar et enfin, qu'une commande imposait le suivi de l'ensemble des instructions fournies en anglais.

<sup>1224</sup> Voy. Cass. (fr.), 29 mars 2011, *Louis Vuitton contre Google*, pourvoi n° P 06-20.230, arrêt n° 862 F-S-P+B, disponible sur <http://www.juriscom.net/>, pp. 2-3.

<sup>1225</sup> Voy. *infra*, n° 382.

<sup>1226</sup> Directive (CE) n° 95/46 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O. L. 281*, du 23 novembre 1995.

<sup>1227</sup> Cela a déjà été suggéré, voy. notamment, Groupe de travail « Article 29 », Groupe de travail « Police et Justice », L'avenir de la protection de la vie privée (WP168), contribution conjointe adoptée le 1<sup>er</sup> décembre 2009, pp. 10-11 ; Groupe de travail « Article 29 », Avis n° 8/2010 sur le droit applicable (WP179), adopté le 16 décembre 2010, p. 24 ; J.-P. MOÏNY, « Facebook au regard des règles européennes de protection des données », *R.E.D.C.*, 2010/2, pp. 238-239 et 269 ; J.-P. MOÏNY, « *Cloud Based Social Network Sites: Under Whose Control?* », in *Investigating Cyber Law and Cyber Ethics*, A. DUDLEY, J. BRAMAN et G. VINCENTI (eds), IGI Global, 2012, p. 185. Le critère de la direction des activités avait été intégré dans un des *drafts* du projet de règlement relatif à la protection des données élaboré récemment par la Commission, *draft* qui avait été publié sur Internet suite à une fuite des services de la Commission (voy. article 2 de la proposition *draft* version n° 56, du 29 novembre 2011). La proposition actuelle et officiellement diffusée n'a plus explicitement recours au critère de la direction des activités, bien que celui-ci y sera probablement pris en compte à l'occasion de l'interprétation de la disposition, voy. article 3 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final. Dès lors que cette disposition vise le traitement de données en relation avec l'offre de biens ou de services aux personnes ayant leur résidence habituelle sur le territoire de l'Union, les indices pertinents pour l'identification de la volonté de diriger les activités pourraient être pris en compte, comme ils l'ont été par la Cour de justice dans l'affaire *L'Oréal contre eBay* discutée *infra*, aux n°s 385-386.

## 2. Règlement Bruxelles I – Article 5.3 – Matière délictuelle ou quasi délictuelle

### a. Droits de la personnalité – Affaire eDate Advertising et Martinez

**353. Base légale et faits.** Toujours en Grande Chambre et en matière de compétence internationale, la Cour de justice, dans les affaires jointes *eDate Advertising et Martinez*<sup>1228</sup>, a jugé de l'adaptation de sa jurisprudence *Shevill*<sup>1229</sup> dans le contexte d'Internet. À cette remarquable occasion, elle eut également à traiter, en matière de droit applicable, de la libre prestation des services de la société de l'information. Mais à ce sujet, il est renvoyé aux développements ultérieurs<sup>1230</sup>.

Dans le cas *eDate Advertising*<sup>1231</sup>, X domicilié en Allemagne, se plaignait d'être nominativement cité, sur un portail Internet géré par eDate Advertising qui est établie en Autriche, quant à des informations relatives à son ancienne condamnation pénale. Il saisit les juridictions allemandes dont la compétence fut contestée par eDate Advertising. Dans l'affaire *Martinez*<sup>1232</sup>, l'acteur français du même nom (notamment) se plaignait de l'atteinte à sa vie privée et à son droit à l'image résultant de la publication, sur le site Internet du journal britannique *Sunday Mirror*, d'informations relatives à sa vie sentimentale. Il poursuivit devant les juridictions françaises l'éditeur du journal qui contesta la compétence de ces dernières.

**354. Jurisprudence *Shevill*.** Une bonne compréhension de la décision de la Cour passe par un bref rappel de la règle de compétence applicable. En matière délictuelle et quasi délictuelle, l'article 5.3 du règlement Bruxelles I octroie compétence à la juridiction du lieu où le « fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Et selon l'affaire *Mine de potasse*, cette dernière expression vise à la fois le lieu de l'« événement causal » et celui du « dommage » (des effets dommageables), lorsque ces lieux sont différents, la victime demeurant libre de choisir les tribunaux de l'un ou l'autre des États concernés<sup>1233</sup>.

La Cour a précisé cette règle dans l'affaire *Shevill*, en matière de diffamation par voie de presse écrite. En substance, elle y précisa comme suit l'alternative offerte à la victime. Soit cette dernière peut saisir les tribunaux de l'État d'établissement de l'éditeur ou de domicile du défendeur, d'une demande portant sur l'intégralité du dommage subi<sup>1234</sup>. Soit elle peut distribuer ses requêtes, et saisir les juridictions de chaque État où la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend subir une atteinte à sa réputation, mais alors d'une demande portant sur la stricte mesure du dommage y subi<sup>1235</sup>.

<sup>1228</sup> C.J.U.E. (gde ch.), 25 octobre 2011, *eDate Advertising contre X; Olivier Martinez et Robert Martinez contre MGN Limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10. À propos de cette décision, voy. E. ALVAREZ ARMAS et M. FALLON, « La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet: compétence internationale, loi applicable », *J.D.E.*, 2012, pp. 8-11; note de S. FRANCO, « Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet: affaires *eDate Advertising et Martinez* », *La Semaine Juridique, Édition Générale*, n° 1-2, 9 janvier 2012, pp. 35-38.

<sup>1229</sup> C.J.U.E., 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd contre Presse Alliance SA*, aff. C-68/93.

<sup>1230</sup> Voy. *infra*, n°s 389-391.

<sup>1231</sup> *eDate Advertising et Martinez*, *op. cit.*, §§ 15-24.

<sup>1232</sup> *Ibid.*, §§ 25-29.

<sup>1233</sup> C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contre Mines de potasse d'Alsace SA*, aff. 21-76, §§ 24-25.

<sup>1234</sup> *Shevill*, *op. cit.*, §§ 24-25.

<sup>1235</sup> *Ibid.*, §§ 27-31.

**355. Distinguo.** La Cour a complété sa position dans l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* qu'elle a soigneusement distingué de l'affaire *Shevill* en raison de l'implication d'Internet: Internet n'est pas un média comme les autres; « la mise en ligne de contenus sur un site internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur »<sup>1236</sup>. En conséquence, le critère de diffusion de l'affaire *Shevill* perd de sa pertinence, et par ailleurs, la quantification des diffusions locales est techniquement périlleuse, alors que la gravité d'une atteinte ubiquitaire est plus grande<sup>1237</sup>.

**356. Nouveau for: lieu du centre des intérêts.** La Cour, en vue d'une adaptation jurisprudentielle conforme à la bonne administration de la justice<sup>1238</sup> et à la prévisibilité des règles de compétence<sup>1239</sup>, va désigner un nouveau for *additionnel* dans lequel la victime pourra demander réparation de l'*intégralité* du dommage subi: celui du lieu du « centre de ses intérêts »<sup>1240</sup>. La Cour considère qu'en général, ce lieu correspond à celui de sa résidence habituelle<sup>1241</sup>. Mais « d'autres indices tels que l'exercice d'une activité professionnelle peuvent établir l'existence d'un lien particulièrement étroit avec » un autre État, lien de nature à fonder également la compétence des juridictions de ce dernier<sup>1242</sup>. Pour le surplus, la jurisprudence *Shevill* et les fors y consacrés restent d'application<sup>1243</sup>. La Cour vient donc de substantiellement faciliter la tâche des victimes en cas d'atteinte à un droit de la personnalité causé via Internet.

**357. Quid de la destination d'un site?** L'approche suivie dans l'affaire *Shevill*, qui vient d'être adaptée à l'Internet, a déjà été critiquée pour les conséquences qu'elle pourrait avoir: en substance, il pourrait en résulter un exercice étatique de juridiction excessif vis-à-vis des utilisateurs d'Internet<sup>1244</sup>. Cette critique fut émise à l'occasion de la célèbre affaire ayant opposé la LICRA à Yahoo!<sup>1245</sup>. Il a été suggéré que la destination du contenu, l'audience ciblée par le site Web, était déterminante pour la compétence internationale des cours et tribunaux<sup>1246</sup>. D'une certaine façon, il serait ainsi fait échos à la direction des activités prise en compte en droit de la consommation, et évoquée précédemment à l'occasion de l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*<sup>1247</sup>. Ici pourtant, la Cour juge que l'accessibilité d'un site suffit, pour peu qu'elle soit de nature à pouvoir causer un dommage.

<sup>1236</sup> *eDate Advertising et Martinez*, *op. cit.*, § 45.

<sup>1237</sup> *Ibid.*, §§ 46-47.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>1239</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>1240</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>1241</sup> *Ibid.*

<sup>1242</sup> *Ibid.*

<sup>1243</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>1244</sup> Voy. B. DE GROOTE, avec la collaboration de J.-F. DERROITTE, « L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux? À propos des affaires Yahoo! et Gutnick », *Revue Ubiquité*, 2003/16, pp. 62-68.

<sup>1245</sup> En substance, la vente d'objets nazis via le site d'enchère de Yahoo! et la diffusion, via des sites hébergés par un service de Yahoo!, d'extraits de Mein Kampf étaient critiquées notamment par la LICRA en raison de la violation de la loi française qui en résultait. Il fut ordonné à Yahoo! de filtrer l'accès aux sites et pages en question, de telle sorte que les internautes français ne puissent plus y accéder. Les différentes décisions françaises sont disponibles sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>.

<sup>1246</sup> Voy. B. DE GROOTE, « L'Internet et le droit international privé... », *op. cit.*

<sup>1247</sup> Voy. *supra*, nos 347-351.

Il est impossible de trouver ici l'espace nécessaire à la discussion. Seules quelques considérations relatives au contexte des atteintes aux droits de la personnalité ou à la vie privée, et de la diffamation, peuvent être évoquées. La destination ou le ciblage d'un site peuvent toujours être pris en compte de deux manières. D'abord au niveau du fond du litige, dans l'évaluation du dommage. En effet, le dommage causé dans un État auquel le site n'était pas destiné est susceptible d'être inférieur. Ensuite, ce qui intéresse particulièrement le propos en matière de désignation du *droit applicable*, selon les règles de conflit belges, la destination du site pourrait être prise en compte. Il convient de solliciter les règles belges car le règlement Rome II en matière de droit applicable aux obligations non contractuelles<sup>1248</sup> ne s'applique pas aux atteintes aux droits de la personnalité<sup>1249</sup> – encore faut-il définir ce que comprend cette catégorie. En vertu du Code de droit international privé belge<sup>1250</sup>, le droit applicable à une « obligation dérivant d'un acte de diffamation ou d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel le fait générateur ou le dommage est survenu ou menace de survenir, au choix du demandeur, à moins que la personne responsable n'établisse qu'elle ne pouvait pas prévoir que le dommage surviendrait dans cet État »<sup>1251</sup> (italique ajouté par nous). Ainsi lorsqu'un site Web ou un service du *Cloud*<sup>1252</sup> ne sont pas destinés à une audience belge, ou adressés à une telle audience, il existera des cas où son prestataire ne pouvait raisonnablement pas prévoir qu'un dommage se produirait en Belgique<sup>1253</sup>.

*b. Marque nationale – Affaire Wintersteiger contre Products 4U*

**358. Affaire Wintersteiger contre Products 4U, Google AdWords (action dirigée contre un utilisateur).** Dans l'affaire *Wintersteiger contre Products 4U*<sup>1254</sup>, Wintersteiger, une société autrichienne, agissait en cessation devant une juridiction autrichienne, de l'utilisation par la société Products 4U, allemande, du mot-clé « Wintersteiger » – une marque enregistrée en Autriche<sup>1255</sup> –, via le système de référencement AdWords de Google. L'utilisation de ce mot clé étant limitée au site allemand de Google, Google.de, Products 4U contesta la compétence des juridictions autrichiennes arguant que les annonces litigieuses n'étaient adressées qu'aux allemands. La Cour de justice rappelle d'abord sa jurisprudence *eDate Advertising et Martinez*<sup>1256</sup> sur laquelle il n'est pas nécessaire de revenir. Elle se penche ensuite sur la détermination du lieu de matérialisation du dommage<sup>1257</sup>, puis, sur celle du lieu de l'événement causal<sup>1258</sup>.

<sup>1248</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *J.O. L. 199*, du 31 juillet 2007.

<sup>1249</sup> Voy. l'article 1.2, g), du règlement Rome II.

<sup>1250</sup> Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.

<sup>1251</sup> Article 99, § 2, du Code DIP.

<sup>1252</sup> À ce sujet, voy. la référence citée *supra*, à la note de bas de page n° 1219.

<sup>1253</sup> La Cour de justice considère toutefois, dans sa décision *eDate Advertising et Martinez*, que les solutions qu'elles proposent sont prévisibles.

<sup>1254</sup> C.J.U.E. (5<sup>e</sup> ch.), 19 avril 2012, *Wintersteiger AG contre Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, aff. C-523/10.

<sup>1255</sup> La marque était toutefois également enregistrée en Allemagne et ailleurs dans le monde. Pourtant, la question posée par la juridiction de renvoi est bien limitée à l'hypothèse de la protection de la seule marque nationale autrichienne, voy. les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón, présentées le 16 février 2012, §§ 4 et 14-15.

<sup>1256</sup> Voy. *Wintersteiger AG contre Products 4U*, §§ 17-20.

<sup>1257</sup> *Ibid.*, §§ 21-29.

<sup>1258</sup> *Ibid.*, §§ 30-38.

**359. Distinction de l'affaire *eDate Advertising et Martinez*, lieu du dommage (lieu d'enregistrement de la marque).** Sous l'angle du lieu de matérialisation du dommage, la Cour, suivant l'avocat général Cruz Villalón, distingue les faits de l'affaire *eDate Advertising et Martinez*, en ce que la protection revendiquée, « accordée par l'enregistrement d'une marque nationale est, par principe, limitée au territoire de l'État membre d'enregistrement, de sorte que, en règle générale, son titulaire ne saurait se prévaloir de ladite protection en dehors de ce territoire »<sup>1259</sup>, tandis que les droits de la personnalité sont protégés « dans tous les États membres »<sup>1260</sup>. Déterminer si le comportement de Products 4U porte atteinte à la marque nationale autrichienne relève du fond du recours à trancher par la juridiction compétente selon le droit applicable – autrichien en l'occurrence<sup>1261</sup>. La Cour juge alors que les objectifs de « prévisibilité » et de « bonne administration de la justice »<sup>1262</sup> requièrent que la compétence soit attribuée, au titre du lieu du dommage, « aux juridictions de l'État membre dans lequel le droit en cause est protégé », celles donc de l'État d'enregistrement<sup>1263</sup>, car celles-ci sont « les mieux à même d'évaluer » si le comportement en cause porte atteinte à la marque nationale<sup>1264</sup>. Celles-ci sont compétentes pour l'intégralité du dommage ainsi que pour une demande visant à obtenir la cessation de toute atteinte au droit national<sup>1265</sup>.

**360. Territorialité, lien avec le droit applicable, droit d'auteur.** La Cour semble encourager à porter l'action devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel la marque a été enregistrée *car le droit de cet État sera applicable*. Il est clair que le juge d'un État autre que l'État d'enregistrement aura plus de difficultés à appliquer le droit de marque étranger, que le juge de l'État d'enregistrement qui appliquerait son droit national. Pourtant, tous les États de l'Union européenne connaissent le droit de marque. Par ailleurs, c'est bien le propre des règles de conflit de lois que de permettre à un juge, en cas d'extranéité, d'appliquer des règles étrangères qu'il ne maîtrise pas nécessairement comme les siennes. Les instruments de droit international privé le prévoient par exemple explicitement en matière notamment de propriété intellectuelle<sup>1266</sup>.

On peut s'interroger sur l'élément avancé par la Cour pour distinguer la présente espèce de l'affaire *eDate Advertising et Martinez*. En effet, s'il est vrai que les droits de la personnalité sont protégés dans tous les États membres (alors qu'une marque nationale est limitée au territoire national), il n'en demeure pas moins que ces protections sont susceptibles de variation d'un État à l'autre et que la règle, appliquée *in concreto*, ne sera pas nécessairement la même – quant à sa source en tous cas, identifiée par les règles de droit international privé, et probablement quant à son contenu, même s'il y a harmonisation. Comme le droit à une marque nationale, les droits de la personnalité consacrés dans le droit d'un État membre ont une certaine portée territoriale. Ainsi,

<sup>1259</sup> *Ibid.*, § 25. C'est une protection au titre de la marque nationale pour un autre territoire que le territoire national qui ne peut être revendiquée. Tandis que la protection garantie par la marque nationale pour le territoire national pourrait être invoquée en dehors de ce territoire, notamment lorsque les tribunaux de l'État tiers en cause sont compétents à raison de l'autre for avancé par la Cour, au titre du lieu de l'événement causal, voy. *infra*, n° 361.

<sup>1260</sup> *Ibid.*

<sup>1261</sup> *Ibid.*, § 26.

<sup>1262</sup> *Ibid.*, § 27.

<sup>1263</sup> *Ibid.*

<sup>1264</sup> *Ibid.*, § 28.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, § 28.

<sup>1266</sup> Voy. l'article 8 du règlement Rome II et l'article 93 du Code DIP. Voy. par exemple récemment [2001] UKSC 39, 27 juillet 2011, *Lucasfilm Limited and others contre Ainsworth and another*.

le droit d'auteur est protégé dans tous les États membres. Mais chaque État membre dispose bien de son propre droit d'auteur – harmonisé dans une certaine mesure. La jurisprudence *eDate Advertising et Martinez*<sup>1267</sup> de la Cour de justice pourrait-elle être transposée en matière de compétence internationale et de propriété intellectuelle ou de droit d'auteur en particulier ?

Les jurisprudences belge, française et européenne évoquées ici en matière de propriété intellectuelle<sup>1268</sup>, requièrent plutôt que le site Web soit dirigé vers un certain marché (celui du for), comme l'illustre une affaire jugée par la cour d'appel de Bruxelles citée ultérieurement<sup>1269</sup>, afin de déterminer la compétence internationale des cours et tribunaux. Le juge du for règle alors la question qui lui est soumise en appliquant le droit d'auteur du for, lorsque les demandes se limitent à ce dernier<sup>1270</sup>. Il existe ici en pratique, un parallèle entre la compétence internationale et le droit applicable. Concrètement, il s'agirait pour le titulaire du droit d'auteur, d'initier une procédure au sein de chaque État dont le marché est concerné par l'atteinte en cause, afin d'obtenir réparation des dommages subis au sein de chaque marché géographique.

Mais la situation pourrait être envisagée différemment en cas de transposition de la jurisprudence *eDate Advertising et Martinez* en matière de droit d'auteur et dans le contexte d'Internet. Le titulaire des droits pourrait – peut-être à tout le moins en matière d'atteinte à ses droits *moraux*<sup>1271</sup> – saisir le tribunal du lieu du centre de ses intérêts d'une demande relative à l'intégralité du dommage subi, à charge alors pour le juge saisi d'appliquer les droits d'auteur nationaux, applicables selon les marchés géographiques nationaux où ils sont violés<sup>1272</sup>. Il est bien évidemment question ici d'aspects civils des questions de droit d'auteur, et pas de sanction pénale des éventuelles atteintes<sup>1273</sup>.

Des obstacles surgissent toutefois. D'abord, la Cour rejeterait-elle une telle solution pour des motifs relatifs à la prévisibilité et à la bonne administration de la justice<sup>1274</sup> ? En outre, la Cour pourrait simplement considérer que le droit d'auteur est national et territorial comme l'est le droit à une marque nationale. Ce qui justifierait alors un traitement identique des deux droits, quel que soit l'état de l'harmonisation en la matière. Mais alors que voudrait dire la Cour lorsqu'elle spécifie que les droits de la personnalité sont protégés dans tous les États membres ? Et pourquoi réserver

<sup>1267</sup> *Voy. supra*, n°s 353-356.

<sup>1268</sup> *Voy. supra*, notes de bas de page n°s 1223-1224 et le texte lié, les paragraphes n°s 362 et 381, et *infra*, n°s 385-386.

<sup>1269</sup> *Voy. infra*, n°s 379-384.

<sup>1270</sup> Ce qui est le cas des décisions auxquelles il est ici renvoyé. *Voy.* par ailleurs les articles 86, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code DIP et 8.1 du règlement Rome II.

<sup>1271</sup> Au-delà du caractère territorial de la protection de la marque, l'avocat général Cruz Villalón, au § 20 de ses conclusions, avait en outre souligné que l'objet de la protection par le droit à la marque était « l'exploitation commerciale d'un bien ». La Cour n'a pas retenu cette distinction qui, le cas échéant, aurait peut-être pu être invoquée ici pour distinguer les droits moraux (par exemple incessibles en Belgique) de l'auteur, de ses droits patrimoniaux.

<sup>1272</sup> Puisque la portée d'un droit de propriété intellectuelle national se limite à un territoire national.

<sup>1273</sup> Dans une telle hypothèse, il serait question de droit pénal international, et un tribunal national n'applique que le droit pénal du for.

<sup>1274</sup> Quant à la prévisibilité, cette interprétation de l'article 5.3 ne serait pas nécessairement problématique, surtout eu égard à la jurisprudence *eDate Advertising*. Il pourrait être soutenu que lorsqu'une personne porte atteinte à un droit d'auteur – dont elle connaît l'identité du titulaire – via Internet, il est prévisible pour elle d'être attrait dans les tribunaux du lieu du centre des intérêts de l'auteur. En outre, l'auteur de l'atteinte resterait jugé selon le droit des marchés sur lesquels il a agi et nuit à l'ayant droit. En matière de bonne administration de la justice, il y aurait une difficulté pour le juge saisi à appliquer les différents droits d'auteur étrangers impliqués dans le cas d'espèce.

au champ d'application spatial de la propriété intellectuelle un sort que l'on ne réserverait pas au champ d'application des autres droits? Dans l'affaire soumise à la Cour, la différence entre le droit de marque nationale et les droits de la personnalité, ne se situe-t-elle pas plus au niveau de l'objet des droits – ce que la Cour ne retient pas<sup>1275</sup> –, qu'au niveau de leur champ d'application? Et il resterait d'une part à déterminer s'il est pertinent de les traiter différemment sous l'angle de l'article 5.3 et dans le contexte d'Internet, pour ce seul motif, et d'autre part, si cette réflexion est transposable telle quelle en matière de droit d'auteur. Enfin en pratique, probablement les sociétés de gestion devraient-elles alors modifier les conventions conclues entre elles afin de pouvoir profiter du jeu de la jurisprudence *eDate Advertising et Martinez*.

Finalement, dans l'affaire *Wintersteiger*, la Cour aurait pu simplement juger, nous semble-t-il, que dans les limites de la question préjudicielle ne concernant que l'atteinte à une marque nationale, dès lors que le droit à la marque nationale a vocation à protéger une marque dans la vie des affaires conduites sur un marché géographiquement limité à ce territoire national, le dommage ne peut se produire que dans cet État, d'où seuls les tribunaux de cet État peuvent être compétents sous l'angle de l'article 5.3, au titre du lieu de matérialisation du dommage. Tandis qu'en cas d'atteinte par une même personne à différents droits à la marque via Internet, pour des motifs similaires à ceux avancés dans l'affaire *eDate Advertising et Martinez*, il y aurait lieu de permettre à l'ayant droit de saisir les tribunaux du lieu de son centre d'intérêts pour l'intégralité des atteintes et des dommages concernés en vertu des droits matériels applicables, ou alors, de saisir respectivement les juridictions de chaque État sur le marché duquel il est porté atteinte à ses droits. On imagine que ce choix pourrait dépendre du type de litige et, en particulier, de celui qui l'intente. Par exemple, si une société de gestion poursuit un contrefacteur de plusieurs œuvres de son répertoire, plusieurs auteurs sont concernés, et à moins qu'ils aient tous le centre de leurs intérêts au même endroit, ce critère de centre des intérêts ne sera pas de nature à concentrer le contentieux. Par contre, lorsqu'un seul auteur agit, la situation est différente. Resterait enfin toujours la possibilité du choix d'un autre for, celui du lieu de l'événement causal dont il convient à présent de traiter.

**361. Lieu de l'événement causal (lieu de prise de décision).** Au titre du lieu de l'événement causal, utile ici en raison de la facilité avec laquelle la juridiction locale peut recueillir les preuves relatives à l'événement en question<sup>1276</sup>, la Cour a jugé, s'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, que dans le cas d'espèce, impliquant un utilisateur de la fonctionnalité Google AdWords, l'événement causal est « le déclenchement, par l'annonceur [Products 4U], du processus technique d'affichage, selon les paramètres prédéfinis, de l'annonce que celui-ci a créée pour sa propre communication commerciale »<sup>1277</sup> – bref, le comportement de l'utilisateur de Google AdWords<sup>1278</sup>. Et la Cour juge en l'espèce que le « lieu d'établissement de l'annonceur » correspond au lieu « où le déclenchement du processus d'affichage est décidé »<sup>1279</sup>. Ce qui motive la pertinence de ce lieu est sa prévisibilité – il est certain et identifiable –, alors qu'il n'en est pas ainsi du lieu des serveurs

<sup>1275</sup> Voy. *supra*, note de bas de page n° 1271.

<sup>1276</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>1277</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>1278</sup> *Ibid.*, § 35.

<sup>1279</sup> *Wintersteiger AG contre Products 4U*, § 37.

du prestataire de service de référencement, qui permet la facilitation de l'administration de la preuve et de l'organisation du procès<sup>1280</sup>.

*c. Pratiques du marché – Droit des marques*

**362. Google AdWords (action dirigée contre un utilisateur).** En matière de droit des marques et de pratiques du commerce, une action en cessation, introduite devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles<sup>1281</sup>, a impliqué des demandeurs distributeurs belge et néerlandais de meubles de jardin, ainsi que l'ayant droit de leur marque Benelux « Bear Chair », s'opposant à l'utilisation de cette marque par un défendeur grossiste en produits en bois (une société et deux personnes, domiciliées aux Pays-Bas). L'usage reproché à ce dernier concernait le recours à Google AdWords. Les demandeurs se plaignaient du détournement de clientèle pouvant résulter de l'utilisation de ce service. Ils alléguaient d'une part, une violation de l'ancienne loi belge sur les pratiques du commerce (LPC) (désormais LPMP)<sup>1282</sup>, sous l'angle de la publicité trompeuse. Et d'autre part, ils invoquaient la violation de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles)<sup>1283</sup>.

Dans ce contexte, les défendeurs néerlandais ont invoqué l'incompétence du tribunal. La demande mettant en cause une potentielle faute (article 1382 du C. civ.) et des défendeurs domiciliés sur le territoire de l'UE, le président jugea sa compétence internationale au regard de l'article 5.3 du règlement Bruxelles I, en tenant compte de la demande telle que formulée dans la citation. Il lui incombait de déterminer si la Belgique pouvait être un « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». À la recherche d'un lien de rattachement significatif (« *significatief aanknopingspunt* ») entre les faits et le for bruxellois, il considéra que l'accessibilité mondiale d'Internet, et le fait que des internautes belges puissent être attirés vers le site du grossiste lorsqu'ils réalisent une recherche dont le mot clé est la marque d'un requérant, ne suffisaient pas. *In fine*, le juge conclut que les Pays-Bas sont le lieu du fait dommageable, que les défendeurs ne démontrent pas de lien significatif avec la Belgique – et l'arrondissement de Bruxelles en particulier –, et se déclare par conséquent incompétent. Le distributeur belge était toutefois susceptible de subir un dommage sur le marché – au moins néerlandophone – belge.

*d. Pratiques du marché – Nom commercial et dénomination sociale*

**363. Google AdWords (action dirigée contre Google).** Le service Google AdWords fut encore impliqué dans un cas soumis au président du tribunal de commerce de Louvain<sup>1284</sup>. Dans cette hypothèse toutefois, ce sont deux filiales de la mère américaine Google Inc., l'une belge et l'autre néerlandaise, qui furent assignées pour violation de la LPC, par la bvba Serverscheck, établie à Heverlee et active dans les TIC. Le problème de l'espèce résultait de l'utilisation du nom d'une

<sup>1280</sup> *Ibid.*, §§ 36-37.

<sup>1281</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 4 mars 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, pp. 843 et s.

<sup>1282</sup> Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, désormais loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

<sup>1283</sup> Disponible sur <https://www.boip.int/wps/wcm/connect/bb12d90045e4a2dfad35ffc2b49febbaa/conventionbenelux.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb12d90045e4a2dfad35ffc2b49febbaa>.

<sup>1284</sup> Prés. Comm. Louvain, 2 décembre 2010, *I.R.D.I.*, 2011, pp. 21 et s.

entreprise, par ses concurrents recourant à Google AdWords afin de réaliser leur propre publicité. Serverscheck requérait que son nom commercial (ou dénomination sociale) ne puisse plus être utilisé pour l'affichage de liens sponsorisés par des concurrents.

Les filiales défenderesses de Google ont contesté la «juridiction internationale» («*internationale rechtsmacht*») – compétence internationale – des tribunaux belges. Appliquant logiquement le règlement Bruxelles I pour juger de sa compétence, le président a d'abord contredit la demanderesse en ce qu'elle considérait que des mesures provisoires ou conservatoires, visées à l'article 31 du règlement Bruxelles I, étaient demandées<sup>1285</sup>. Ensuite, le président a considéré que la demande dirigée à l'encontre de la filiale belge de Google pouvait toujours être reçue en application de la règle générale de l'article 2.1 du règlement Bruxelles I – *actor sequitur forum rei*.

Selon la juridiction saisie, l'article 5.3 pouvait également être invoqué à l'encontre des deux défenderesses, en particulier la filiale néerlandaise qui, en principe (article 2.1 du règlement Bruxelles I), devrait être assignée aux Pays-Bas. Sous l'angle de la qualification de la demande, le président juge que toute demande qui, indépendamment de tout lien contractuel, met en cause la responsabilité des défenderesses, tombe dans le concept de «fait dommageable»<sup>1286</sup>. Dans le cas d'espèce, le président considère qu'en tant que sociétés filles de Google Inc., les défenderesses mettent indubitablement leurs services à disposition des internautes, *et donc aussi du marché belge* («*dus ook van de Belgische markt*»), de telle sorte que le fait dommageable pouvant résulter de l'utilisation de la fonctionnalité AdWords par les internautes, est susceptible de se produire en Belgique<sup>1287</sup>. En d'autres termes, le dommage invoqué en l'espèce résulte de l'utilisation d'un service offert en Belgique par Google. Vis-à-vis de filiales de Google, la demanderesse invoque une violation de la LPC et de la protection de son nom commercial (ou dénomination sociale)<sup>1288</sup>. Le président souligne que la violation alléguée de la LPC commence à l'étranger mais finit en Belgique, où la demanderesse subit la perte de capital résultant de la perte de clientèle alléguée. La nature des droits invoqués est territoriale, leur protection est déterminée géographiquement, et le président considère que le dommage se situe sur le territoire belge<sup>1289</sup>.

**364. Activité d'une filiale d'une société étrangère.** Un bref commentaire peut être suggéré quant à l'activité des filiales de Google. S'il n'y a aucun doute quant à la portée de l'offre mondiale des services de Google Inc. en cause, ses filiales qui, il faut le souligner, disposent de *personnalités juridiques propres*, ont-elles les mêmes activités? Autrement dit, opèrent-elles le service AdWords ou, par exemple, sont-elles de simples relais commerciaux chargés de la promotion des services de Google Inc., ou encore d'autres activités qui ne sont pas liées à AdWords?

Ultérieurement dans la décision du président, ce point est précisément problématique. Alors que le juge s'est considéré comme compétent, les filiales de Google soulignent qu'elles n'ont pas la qualité de se défendre contre la demande introduite dès lors que c'est Google Inc., et non elles-mêmes, qui fournit le service AdWords. Elles plaident alors l'irrecevabilité de la demande<sup>1290</sup>. Le

<sup>1285</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>1286</sup> *Ibid.*

<sup>1287</sup> *Ibid.*

<sup>1288</sup> La demanderesse reproche à Google l'offre de copies illégales de ses produits à l'aide de la fonctionnalité AdWords.

<sup>1289</sup> Prés. Comm. Louvain, 2 décembre 2010, *I.R.D.I.*, 2011, p. 23.

<sup>1290</sup> *Ibid.*, p. 24.

## CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

président juge toutefois qu'il s'agit là d'arguments relatifs au fond de l'affaire. Et sans revenir ultérieurement sur cet aspect, il déclarera la demande non fondée pour des motifs étrangers aux aspects de droit international privé<sup>1291</sup>. En droit d'auteur, dans une affaire soumise au tribunal de grande instance de Paris impliquant Google Books, un argument proche avait été également avancé en vain, par Google France<sup>1292</sup>.

La question posée ici est la suivante. S'il s'avérait en effet que l'activité des filiales est véritablement étrangère au service litigieux de Google Inc., reconnaître la compétence internationale d'un tribunal à leur égard et concernant ce service, ne reviendrait-il pas à faire fi de leur personnalité juridique propre ou, en d'autres termes, à percer le voile social ? Ce qui entraînerait probablement les critiques émises à ce sujet en droit international public. Avec ceci d'original : généralement, ce voile est plutôt percé pour poursuivre la société mère qui est à l'étranger, plutôt que pour imputer le comportement de cette dernière à une filiale située sur le territoire du for. Mais dans les deux hypothèses l'idée est la même : demander réparation dans l'État du for pour un acte décidé à l'étranger.

e. *Pratiques du marché – Noms de domaine*

**365. Contexte des noms de domaine.** Quelques décisions belges intéressantes ont porté sur la compétence internationale en matière de noms de domaine, dont une sur l'application du règlement Bruxelles I<sup>1293</sup>. En pratique, une personne souhaitant obtenir un nom de domaine de premier niveau, «.com» par exemple, pour son site Web (un futur *registree* ou *registrant*), introduit sa demande auprès d'un *registrar*. Ce dernier apparaît alors comme un intermédiaire dont l'activité consiste à demander, pour le compte de l'individu, l'enregistrement du nom auprès d'un *domain name registry* unique. Le *registry* est chargé de l'enregistrement et de l'administration des noms de domaines pour lesquels un tel pouvoir lui a été délégué par l'Internet Assigned Numbers Authority (IANA). L'IANA, établie aux États-Unis, contrôle notamment l'allocation des adresses IP, et le serveur DNS *root* (notamment localisé aux États-Unis)<sup>1294</sup> permettant les connexions aux sites via Internet. L'IANA est administrée par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), qui est une *not-for-profit public-benefit corporation* établie en Californie<sup>1295</sup>. L'ensemble des acteurs – ICANN, *registry*, *registrar* et *registrant* – sont liés par une chaîne de contrats. Enfin, dans ce contexte international, un mode alternatif de règlement des différends, auquel sont soumis certains *registrar*s, a été mis en place : l'Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy, bien connu sous

<sup>1291</sup> *Ibid.*, pp. 24-26.

<sup>1292</sup> Voy. T.G.I. Paris, 18 décembre 2009, *Seuil et al. contre Google*, disponible sur <http://www.juriscom.net/>, pp. 11-12. Google France sollicitait sa mise hors de cause au motif de n'avoir qu'une mission d'assistance de la clientèle française, le site litigieux étant exploité par Google Inc. Le tribunal décida toutefois d'écarter cette argumentation sur la base d'éléments se dégageant de documents émanant de Google et démontrant une activité pertinente de la filiale française. Voy. encore T.G.I. Paris, 9 octobre 2009, *H&K et R. contre Google et AUFEMININ.COM*, disponible sur <http://www.juriscom.net/>, p. 6.

<sup>1293</sup> Pour une autre décision appliquant le Code DIP, voy. *infra*, n° 369.

<sup>1294</sup> Il existe en réalité plusieurs serveurs racines à travers le monde (voy. <http://www.root-servers.org/>) qui sont des répliques du serveur américain. Lorsque ce dernier est modifié, les autres le sont automatiquement également.

<sup>1295</sup> Le rôle de l'IANA était originellement accompli par le Gouvernement américain. Alors qu'elle est aujourd'hui soumise à l'ICANN. Toutefois, le Gouvernement américain n'est pas complètement exclu de la gouvernance d'Internet, dans la mesure où l'ICANN demeure cocontractante de l'U.S. Department of Commerce, même si le rôle du Gouvernement américain tend à être de plus en plus réduit, voy. <http://www.icann.org/en/general/agreements.htm>.

l'acronyme UDRP<sup>1296</sup>. Il y est notamment recouru par les *registrars* accrédités par l'ICANN quant aux noms de domaines en «.com»<sup>1297</sup>. L'UDRP n'empêche toutefois pas le recours à la voie judiciaire<sup>1298</sup>.

Les structures juridico-techniques justes exposées sont fondamentales quant à la gouvernance d'Internet. En revenant à l'illustration précitée, l'individu s'adressera à un *registrar* tel que Register.be qui lui-même, s'adressera à VeriSign Inc.<sup>1299</sup>, une société établie en Virginie, vu que cette dernière opère le «.com» *registry*<sup>1300</sup>. Le *top-level domain* (TLD) «.com» est un *generic top-level domain* (gTLD). Si les gTLD ne comportent aucune référence géographique à un État, tel est par contre le cas des *country code top-level domain* (ccTLD), tels que «.be»<sup>1301</sup>, qui sont alors en principe gérés par un *registry* local – national. En Belgique par exemple, l'asbl DNS.BE est un *national registry*, et une procédure alternative de règlement des différends ainsi qu'une procédure légale spécifiques ont été mises en place<sup>1302</sup>.

**366. Transfert d'un domaine «.eu».** Dans un contexte européen, la cour d'appel de Bruxelles<sup>1303</sup> a fait droit à une demande de transfert d'un nom de domaine de deuxième niveau en «.eu». M. D. n'utilisait pas un nom de domaine dont il était titulaire, et que la sprl G., consultante en communication notamment pour des institutions satellites des institutions européennes, souhaitait obtenir. Le *registrar* américain de M. D. exigeait une somme de 5.000 \$ pour effectuer le transfert du nom de domaine. La sprl G. se plaint en Belgique. Au regard du règlement Bruxelles I, le défendeur D., qui faisait défaut, était bien domicilié sur le territoire d'un État membre. Sous l'angle de l'article 5.3 du règlement Bruxelles I, la cour a considéré que le fait dommageable se « produit et continue à se produire sur le territoire belge, et notamment à Bruxelles, puisque la sprl G. y a son siège et y développe entre autres son activité économique »<sup>1304</sup>.

Une autre décision et diverses considérations critiques propres à la matière des noms de domaine sont proposées ultérieurement<sup>1305</sup>.

### 3. Code de droit international privé – Article 96, 2° – Obligation dérivant d'un fait dommageable

#### a. Pratiques du marché – Publicité

**367. Publicité sur un site Web.** Dans une affaire soumise au président du tribunal de commerce de Gand<sup>1306</sup>, était en cause une publicité réalisée sur le site Web allemand d'une entreprise établie

<sup>1296</sup> Voy. <http://www.icann.org/en/udrp/udrp.htm>.

<sup>1297</sup> Voy. <http://www.icann.org/en/help/dndr>.

<sup>1298</sup> Voy. « Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy », disponible sur <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp-policy>, § 4, k). Voy. toutefois « Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy », disponible sur <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/rules>, §§ 18, 1, al. 3, et 3, (b), (xiii).

<sup>1299</sup> Pour une liste des *registrars* accrédités par l'ICANN, voy. <http://www.icann.org/en/registrars/accredited-list.html>. Pour une liste de *registries*, voy. <http://www.icann.org/en/registries/listing.html>.

<sup>1300</sup> On peut évidemment encore ajouter un intermédiaire avant l'enregistrement auprès du *registry* qui lui est unique.

<sup>1301</sup> Voy. <http://www.iana.org/domains/root/db/>.

<sup>1302</sup> Voy. la loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine, *M.B.*, 9 septembre 2003, et [http://www.dns.be/fr/juridique/litiges/litiges\\_procedure\\_adr](http://www.dns.be/fr/juridique/litiges/litiges_procedure_adr).

<sup>1303</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 218 et s.

<sup>1304</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 6 mai 2009, *op. cit.*, pp. 218 et s.

<sup>1305</sup> Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 369 et s.

<sup>1306</sup> Prés. Comm. Gand, 8 octobre 2010, *Ann. prat. marché, propriété intellectuelle, concurrence*, 2010, pp. 682 et s.

en Allemagne – défenderesse –, où il était faussement déclaré que les exterminateurs d'algues à ultrason réalisés par une société belge, active mondialement et concurrente demanderesse, ne recourraient pas à la technologie numérique. La société belge avait introduit une action en cessation pour publicité mensongère, dénigrante et trompeuse au regard de la LPMP<sup>1307</sup>.

Le président s'est déclaré compétent au regard de l'article 96, 2°, du Code DIP<sup>1308</sup>, car la diffusion internationale de la publicité résultant de l'utilisation d'un site Web implique que des conséquences dommageables peuvent avoir lieu en Belgique. En d'autres termes, la simple accessibilité du site Web suffit pour fonder la compétence du juge sous l'angle de l'article 96, 2°, du Code DIP. Il est renvoyé à la suite du propos quant aux aspects relatifs au droit applicable<sup>1309</sup>.

**368. Relations entre le règlement Bruxelles I et le Code DIP.** Il importe de souligner que la juridiction belge aurait dû appliquer l'article 5.3 du règlement Bruxelles I à la place du Code DIP. En effet, le défendeur en cause étant domicilié sur le territoire d'un État membre, en Allemagne, ce n'est qu'en vertu du règlement Bruxelles I, pour peu que la cause entre dans son champ d'application matériel, qu'un tel défendeur peut être attiré devant les tribunaux d'un autre État membre<sup>1310</sup>. L'application de l'article 5.3 du règlement Bruxelles I, tel qu'interprété dans les affaires *Shevill et eDate Advertising et Martinez*, devrait conduire à une solution équivalente. Il n'est toutefois pas certain que la Cour aurait transposé la jurisprudence précitée à la matière des pratiques commerciales en ligne. Une question préjudicielle aurait peut-être donc été nécessaire à cet égard.

#### *b. Pratiques du marché – Noms de domaine*

**369. Demande de cessation d'utilisation d'un nom de domaine.** En matière de noms de domaine à nouveau<sup>1311</sup>, le président du tribunal de commerce de Liège<sup>1312</sup> a jugé une affaire opposant un israélien établi aux États-Unis et disposant d'un nom de domaine constitué du surnom de son couple («stuv» –.com), M. Goren, à la société CF, qui commercialise une gamme de poêles à bois du même nom («STUV»), protégé cette fois par une marque Benelux. La vie privée de M. Goren et sa carrière se sont déroulées aux États-Unis, tandis que la société CF ne s'y est pas encore développée. Le site Web du couple «stuv» apparaît inutilisé et y sont diffusés des hyperliens renvoyant vers des concurrents de CF. Cette dernière poursuit M. Goren pour violation de l'ancienne LPC et de son droit à la marque (Convention Benelux). Elle entendait notamment obtenir du tribunal qu'il l'enjoigne de cesser d'occuper le nom de domaine. La société poursuit également le *registrar* américain de M. Goren, afin de mettre un terme à l'enregistrement du nom de domaine et d'empêcher qu'il puisse se reproduire ultérieurement. La société CF n'avait pas obtenu gain de cause devant les organes de règlement des différends de l'OMPI, où elle avait tenté d'acquérir la titularité du nom de domaine. M. Goren contesta la compétence internationale du tribunal liégeois.

<sup>1307</sup> La demanderesse s'est en réalité trompée quant à la base légale, en invoquant la LPC qui était toutefois déjà remplacée par la LPMP.

<sup>1308</sup> *Op. cit.*

<sup>1309</sup> *Voy. infra*, n° 388.

<sup>1310</sup> Article 2.1 du règlement Bruxelles I.

<sup>1311</sup> À propos des noms de domaine et de leur octroi, *voy. supra*, n° 365.

<sup>1312</sup> Prés. Comm. Liège, 10 mars 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, pp. 848 et s.

Dès lors que M. Goren n'était pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, le président liégeois juge à juste titre de sa compétence au regard du Code DIP<sup>1313</sup>. Les aspects de la demande de CF relatifs à la propriété intellectuelle sont traités dans le point suivant de la présente chronique. Le propos se focalise ici sur la matière des pratiques du marché.

L'article 96, 2°, du Code DIP est pertinent, et le président a entendu l'interpréter comme il convenait d'interpréter l'article 5.3 du règlement Bruxelles I. À cet égard, dans la localisation du fait dommageable, il s'est explicitement référé à l'affaire *Shevill*<sup>1314</sup> et à une décision antérieure du tribunal de commerce de Liège<sup>1315</sup>. En l'espèce, l'événement causal – enregistrement du nom de domaine –, se situe aux États-Unis, le pays d'établissement de M. Goren et de son *registrar*. Le lieu de survenance du dommage dépend quant à lui de la question de savoir si le site «entend viser, entre autres, le public belge»<sup>1316</sup>. C'est toutefois un critère de diffusion qui avait été retenu dans la jurisprudence *Shevill*<sup>1317</sup>. Par ailleurs, l'exigence de ciblage du site retenue par le juge n'a pas non plus été requise dans la jurisprudence – postérieure – *eDate Advertising et Martinez* dont la transposition au cas d'espèce pourrait être envisagée<sup>1318</sup>. On pourrait à nouveau se demander si ces jurisprudences auraient été transposées par la Cour en matière de pratiques du commerce. Quoi qu'il en soit, le juge refuse d'accepter l'argument du défendeur selon lequel un site «.com» se réfère nécessairement, dans l'esprit du grand public, aux États-Unis; il peut viser la nature commerciale de l'activité en question. Le président considère également qu'il n'est pas pertinent qu'une recherche «stuv» dans Google ne renvoie pas vers le site de M. Goren. Il juge que le site vise le public belge en ce que les liens y publiés renvoient à des sites de concurrents directs de CF, sites en langues française ou néerlandaise, en utilisant un nom de domaine équivalent à une marque Benelux, alors que le titulaire de cette marque exporte des biens depuis la Belgique<sup>1319</sup>. Le président conclut dès lors à sa compétence internationale.

**370. Portée de l'ordre de cessation.** À côté des considérations précédentes, le défendeur contestait encore la compétence du tribunal en ce que *la mesure* qui lui était demandée – originellement, le transfert du nom de domaine<sup>1320</sup> – aurait un effet mondial. Le problème est particulièrement aigu eu égard à la mise en cause d'un gTLD. Le cas paraîtrait moins problématique si

<sup>1313</sup> Le défendeur n'étant pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, et le litige n'entrant pas dans les règles de compétence exclusives du règlement Bruxelles I définies dans les articles 22 et 23, ce dernier ne peut pas s'appliquer, voy. l'article 4.1 du règlement. Pour une affaire récente mettant en cause l'article 22, dans un litige concernant le Royaume-Uni et les Pays-Bas, à propos d'annuaires téléphoniques et de leurs sites Web, voy. Cour de La Haye, 12 juillet 2011, *YPM contre Yell*, disponible sur [www.iept.nl](http://www.iept.nl), pp. 4-6. Il importe de noter qu'à l'occasion d'une récente proposition de refonte du règlement Bruxelles I, il est suggéré de rendre le règlement applicable aux défendeurs qui *ne sont pas* domiciliés sur le territoire d'un État membre, voy. article 4.2 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), COM(2010) 748 final.

<sup>1314</sup> C.J.C.E., 7 mars 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd contre Presse Alliance SA*, aff. C-68/93.

<sup>1315</sup> Comm. Liège, 24 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 926 et s.

<sup>1316</sup> Prés. Comm. Liège, 10 mars 2009, *op. cit.*, p. 857.

<sup>1317</sup> Voy. *supra*, n° 354.

<sup>1318</sup> Voy. *supra*, nos 356-357.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p. 857.

<sup>1320</sup> La demanderesse a modifié sa demande à ce propos, en des termes mentionnés précédemment.

un ccTLD («.jp», «.be», etc.) était en cause<sup>1321</sup>. Ce qui était toutefois désormais demandé, relève le président, était la cessation de l'occupation du domaine, le débat devenant du coup sans objet. Pourtant, du point de vue du *registrant*, cesser l'occupation du nom de domaine et mettre un terme à son enregistrement tendent à avoir le même effet mondial. À moins que la cessation ne soit limitée au territoire belge, ce qui, eu égard à l'état actuel d'Internet, ne semblerait pas praticable.

**371. Article 97bis de la LPC (actuel article 110 de la LPMP). In fine**, sous l'angle des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale et quant aux pratiques commerciales déloyales, le président considère que M. Goren n'a pas la qualité de vendeur. Il est donc immunisé en la matière. Toutefois, en ce qui concerne la publicité déloyale, il suffirait qu'il soit annonceur «ou encore celui qui tolère la publicité au départ d'un vecteur qui lui appartient». Mais là, la juridiction saisie considère à tort, semble-t-il, que dans cette dernière hypothèse, M. Goren devrait être domicilié en Belgique pour pouvoir être assigné<sup>1322</sup>.

#### **4. Code de droit international privé – Article 86, alinéa 1<sup>er</sup> – Demande concernant la protection de droits de propriété intellectuelle**

##### *a. Droit des marques*

**372. Noms de domaine.** Toujours concernant le nom de domaine «stuv», le titulaire de la marque du même nom souhaitait obtenir la cessation de son utilisation par un tiers en application du droit des marques. Le président du tribunal de commerce de Liège<sup>1323</sup> décida de sa compétence en vertu de l'article 86, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code DIP, quant à ce moyen de propriété intellectuelle. Le président juge qu'aux fins de l'application de cette disposition, il n'est pas pertinent que le fait

<sup>1321</sup> Pour un exemple impliquant un ccTLD, en matière de place de marché virtuelle et de nom de domaine correspondant à un nom commercial, voy. Bruxelles, 31 mars 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, pp. 384 et s., dont il est question *infra*, au n° 387.

<sup>1322</sup> Le tribunal évoque A. TALLON, sur la base du texte initial de A. DE CALUWÉ, *La procédure, Les pratiques du commerce*, Larcier, Bruxelles, 2008, pp. 99 et s. L'auteur traite, en page 101 de son ouvrage, de l'article 97bis de la LPC auquel il fait référence en citant «l'article 124 (ancien article 27)» de cette loi (actuel article 110 de la LPMP). Dans les pages suivantes, à l'occasion d'un autre chapitre, l'auteur étudie ensuite la compétence territoriale en matière d'action en cessation (pp. 103 et s.). Il semble utile de reproduire l'ancien article 97bis de la LPC : «Lorsque l'infraction concerne une publicité, l'action en cessation ne peut être intentée du chef de manquement aux dispositions des articles 94/1, 94/2 et 94/5, qu'à charge de l'annonceur de la publicité incriminée. Toutefois, lorsque l'annonceur n'est pas domicilié en Belgique et n'a pas désigné une personne responsable ayant son domicile en Belgique, l'action en cessation pourra également être intentée à charge de :

- l'éditeur de la publicité écrite ou le producteur de la publicité audiovisuelle;
- l'imprimeur ou le réalisateur, si l'éditeur ou le producteur n'ont pas leur domicile en Belgique et n'ont pas désigné une personne responsable ayant son domicile en Belgique;
- le distributeur ainsi que toute personne qui contribue sciemment à ce que la publicité produise son effet, si l'imprimeur ou le réalisateur n'ont pas leur domicile en Belgique et n'ont pas désigné une personne responsable ayant son domicile en Belgique» (italique ajouté par nous). Cette disposition n'exige pas que l'annonceur ou l'autre personne potentiellement concernée par l'action en cessation soit domiciliée en Belgique. Elle se limite, dans l'hypothèse où l'annonceur n'est pas domicilié en Belgique, à offrir une «cible» supplémentaire à la personne lésée. Historiquement, cette disposition était l'article 14 du premier projet de loi sur les pratiques du commerce (voy. projet de loi sur les pratiques du commerce, *Doc. parl.*, Sénat, 1968-1969, n° 415, 6 juin 1969, p. 65. Le but de la disposition était de pouvoir agir lorsque celui qui a décidé de recourir à la publicité en dehors du territoire belge «échappe à l'action de la justice belge», voy. l'exposé des motifs du projet, p. 17.

<sup>1323</sup> Prés. Comm. Liège, 10 mars 2009, *op. cit.*

dommageable se situe sur le territoire belge. Ce qui compte est « bien que le demandeur justifie d'une protection sur ledit territoire », ce qui est le cas s'il est « titulaire d'un droit de propriété intellectuelle dont la protection s'étend au territoire belge »<sup>1324</sup>. Le président se déclare donc compétent à cet égard, vu qu'est en cause une marque Benelux, et, s'appuyant sur la doctrine et les travaux parlementaires, accepte que l'ordre de cessation puisse aboutir *de facto* à une protection débordant du territoire belge, cette protection ne résultant que des règles techniques d'Internet.

Dans la discussion quant au fond, considérant qu'il y a un usage reprochable de la marque « stuv », le président répète une fois de plus que la circonstance que l'ordre de cessation puisse avoir des conséquences hors du territoire belge ne résulterait pas de sa décision, mais bien des caractéristiques techniques d'Internet<sup>1325</sup>. Il semble en effet à ce sujet qu'il ne soit pas possible de « territorialiser » l'utilisation d'un nom de domaine.

**373. Registrar étranger.** Finalement, il condamne M. Goren à, notamment, cesser d'occuper le nom de domaine, et il condamne également le *registrar* américain de ce dernier à mettre un terme à l'enregistrement du nom de domaine, en lui interdisant en outre d'accepter tout nouvel enregistrement du nom identique à la marque « stuv ». À ce sujet, encore faudra-t-il que la décision belge soit exécutée par le *registrar*. L'UDRP prévoit ainsi qu'une décision d'une juridiction « compétente » est un motif pour lequel la suppression de l'enregistrement d'un nom de domaine peut être octroyée<sup>1326</sup>. Mais comment est évaluée cette compétence, et la décision doit-elle faire l'objet d'un *exequatur* pour être reconnue ? En tous cas, les juridictions de l'État d'établissement d'un *registry* sont particulièrement bien placées pour exiger la transmission d'un nom de domaine administré par ce *registry*, dès lors que cet État peut directement exercer sa compétence exclusive d'exécution (« *enforcement jurisdiction* ») à l'encontre du *registry*.

#### b. Droit d'auteur – Rémunération pour copie privée

**374. Vente à distance de support de stockage de données.** La cour d'appel de Bruxelles<sup>1327</sup> a jugé, en matière de rémunération pour copie privée<sup>1328</sup>, d'un cas où une société établie au Luxembourg vendait, via son site Web, des supports – dont des CD-Rs et DVD-Rs – notamment à des résidents belges. Auvibel, chargée de percevoir cette rémunération<sup>1329</sup>, entendait faire condamner ladite société au paiement de la rémunération due en raison de la mise en circulation, sur le territoire belge, de ces supports. La société luxembourgeoise contestait la compétence du juge belge.

La cour a qualifié la demande comme portant sur la protection du droit d'auteur. Elle en a déduit que le tribunal de première instance pouvait fonder sa compétence internationale sur l'article 86 du Code DIP. Plus exactement, eu égard au domicile du défendeur, c'est l'article 5.3 du règlement Bruxelles I qui devrait fonder la compétence du juge belge, et non le Code DIP<sup>1330</sup>. Or ce n'est qu'à titre surabondant (« *ten overvloede* ») que la cour vérifie si le cas satisfait bien aux dispositions du

<sup>1324</sup> *Ibid.*, p. 856.

<sup>1325</sup> *Ibid.*, p. 862.

<sup>1326</sup> Voy. « Uniform Domain Name Resolution Policy », § 4.

<sup>1327</sup> Bruxelles, 13 octobre 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, pp. 768 et s.

<sup>1328</sup> Voy. article 55 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.

<sup>1329</sup> A.R. du 2 octobre 1995 chargeant une société d'assurer la perception et la répartition des droits à rémunération pour copie privée, *M.B.*, 17 octobre 1995.

<sup>1330</sup> Voy. *supra*, n° 366.

règlement Bruxelles I<sup>1331</sup>. À cet égard, elle juge que le dommage se réalise en Belgique, vu que la société vend des CD-Rs et DVD-Rs à des utilisateurs finaux établis en Belgique, sans avoir effectué de déclaration auprès d'Auvibel, et sans que la rémunération due en Belgique pour chaque usage ne soit payée. Pour le surplus, il est renvoyé à la suite de la chronique<sup>1332</sup>.

## 5. Compétence territoriale interne du juge belge

### a. Pratiques du marché – Concurrence parasitaire

**375. Simple accessibilité du site insuffisante.** Une affaire soumise au président du tribunal de commerce de Mons<sup>1333</sup> peut être évoquée, même si elle a trait à la compétence territoriale interne du juge belge. Le président montois a tranché un litige opposant deux sociétés actives dans la vente de guirlandes lumineuses et luminaires, l'une demanderesse, Cousins&Co, reprochant une forme de concurrence parasitaire (LPMP) à l'autre défenderesse, Melan, domiciliée à Bruges<sup>1334</sup>. Le site Web de cette dernière était critiqué, ainsi que l'agencement de ses magasins (situés à Knokke et Anvers).

Dans ce contexte, le président a jugé sa compétence au regard de l'article 624, 2°, du Code judiciaire belge, selon lequel « le juge du lieu dans lequel les obligations en litige ou l'une d'elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées » est compétent. Le président considère que la simple accessibilité d'un site Web ne suffit pas pour considérer qu'un fait dommageable commis sur ce site, l'est en tout lieu d'où il est accessible<sup>1335</sup>. Cherchant un lien territorial supplémentaire pouvant servir de facteur de rattachement à son arrondissement, le président invoque l'accessibilité en français du site, ainsi que la possibilité d'acheter depuis toute la Belgique et de s'y voir livrer les produits en question, pour conclure à l'existence d'un lien significatif avec notamment l'arrondissement judiciaire de Mons<sup>1336</sup>.

Cette affaire est ici intéressante en ce qu'elle transpose les arguments évoqués en droit international privé de la compétence, à la matière de la compétence interne. Généralement, en sens inverse si l'on peut dire, ce sont les règles de compétence territoriale interne qui sont évoquées comme source d'inspiration des règles de compétence du droit international privé.

### b. Droit d'auteur – Rémunération pour copie privée

**376. Simple accessibilité du site suffisante.** Dans une affaire précitée soumise à la cour d'appel de Bruxelles et impliquant Auvibel, la cour jugea par contre, quant à sa compétence territoriale interne, que les tribunaux de l'arrondissement de Bruxelles étaient compétents dès lors que la violation de la loi sur le droit d'auteur était notamment localisée à Bruxelles, puisque le site Web

<sup>1331</sup> Bruxelles, 13 octobre 2009, *op. cit.*, p. 772.

<sup>1332</sup> Voy. *infra*, n° 376.

<sup>1333</sup> Prés. Comm. Mons, 24 décembre 2010, *D.A. O.R.*, 2011, pp. 138 et s., obs. H. JACQUEMIN, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1593 et s.

<sup>1334</sup> La compétence internationale au regard du règlement Bruxelles I n'était donc pas discutée, puisqu'était ici saisi un tribunal belge, à savoir un tribunal de l'État de domicile du défendeur.

<sup>1335</sup> Prés. Comm. Mons, 24 décembre 2010, *op. cit.*, p. 142.

<sup>1336</sup> Le président s'estimant compétent pour juger d'une action en cessation fondée sur les informations diffusées sur le site Web en question, il retient la connexité pour connaître de la demande en ce qu'elle vise les magasins exploités ailleurs par Melan, dès lors qu'ils relèvent de la même activité commerciale.

de la société luxembourgeoise, offrant la vente à distance de supports de stockage de données, était accessible à toute la Belgique, dont l'arrondissement de Bruxelles<sup>1337</sup>. Il eût semblé plus juste de simplement se référer aux éléments avancés par la cour quant à sa compétence internationale<sup>1338</sup>. En effet, le dommage résulte ici de la vente des supports de stockage en Belgique, pas du site Web en tant que tel. Ce n'est pas le contenu (l'information, le service, etc.) du site Web qui est dommageable, de telle sorte que la communication n'est pas dommageable mais bien la vente de biens. En d'autres termes, la cour aurait pu juger que c'était l'offre des biens à destination de Bruxelles qui justifiait sa compétence, et pas la simple accessibilité du site Web qui, comme la Cour de justice le souligne dans l'affaire *Pammer et Hotel Alpenhof*, ne préjuge en rien de l'intention du commerçant.

La décision de la cour est par ailleurs originale en ce qu'elle qualifie, *in fine*, la société luxembourgeoise d'acquéreur intracommunautaire<sup>1339</sup> eu égard aux biens qui sont effectivement livrés en Belgique, car elle crée un *magasin virtuel qui peut aussi être visité depuis la Belgique*<sup>1340</sup>, et fait le nécessaire pour que les biens puissent être livrés en Belgique<sup>1341 1342</sup>.

## C. Droit applicable et libre prestation des services

### 1. Contrats – Convention de Rome – Article 5

**377. Vente sur eBay, inapplication des règles de protection du consommateur de la Convention de Rome.** Le tribunal civil de Namur<sup>1343</sup> a connu d'un litige opposant un vendeur, ayant offert aux enchères un véhicule sur eBay, à un acheteur qui, ayant réalisé la meilleure enchère, ne parvenait pas à obtenir la livraison du véhicule. En l'absence de choix de loi par les parties, le tribunal a appliqué l'article 4 de la Convention de Rome<sup>1344</sup>, prédécesseur du règlement Rome I, afin de déterminer la loi applicable au contrat.

Sous l'empire de l'ancienne Convention de Rome, le champ d'application de la protection du consommateur en droit international privé, consacrée en son article 5, n'était pas certain. En effet, dès lors que la disposition ne précisait pas explicitement que le cocontractant du consommateur devait être un professionnel, on pouvait plaider dans le sens d'une application du régime protecteur aux contrats conclus *entre particuliers* uniquement. Aujourd'hui le doute n'est plus possible, l'article 6 du règlement Rome I requiert que le cocontractant du consommateur soit un profes-

<sup>1337</sup> Bruxelles, 13 octobre 2009, *op. cit.*, p. 772.

<sup>1338</sup> Voy. *supra*, n° 374.

<sup>1339</sup> En application de la loi sur le droit d'auteur, l'acquéreur intracommunautaire peut être redevable de la rémunération pour copie privée. L'arrêté royal du 28 mars 1996 relatif au droit à rémunération pour copie privée des auteurs, des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes ou d'œuvres audiovisuelles (*M.B.*, 6 avril 1996) définit l'acquisition communautaire comme « l'entrée sur le territoire national d'un ou plusieurs supports ou appareils en provenance d'un autre pays membre de l'Union européenne » (article 1<sup>er</sup>, 8<sup>e</sup>), étant entendu qu'une opération matérielle est visée.

<sup>1340</sup> La Cour souligne par ailleurs qu'une vente se forme lorsque l'utilisateur final belge répond à l'offre de la société.

<sup>1341</sup> La livraison des biens est réglemée (« *geregeld* ») par la société luxembourgeoise, aux frais du consommateur. Concrètement, la société avait désigné le service Kiala à cette fin.

<sup>1342</sup> Bruxelles, 13 octobre 2009, *op. cit.*, p. 777.

<sup>1343</sup> Civ. Namur (5<sup>e</sup> ch.), 26 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1136 et s.

<sup>1344</sup> Convention (CEE) n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, *J.O.*, L 266, du 9 octobre 1980.

sionnel. Il n'y a donc plus de place pour la controverse, seule la relation *BtoC* est considérée. À l'époque du jugement du tribunal namurois, on suppose que le tribunal aurait explicitement mentionné cette discussion si elle avait eu lieu. D'autant plus que les parties avaient justement demandé une réouverture des débats pour discuter de la loi applicable au contrat. Pourtant, à la lecture du jugement, le litige semblait opposer des particuliers. Le jugement n'étant pas explicite quant au motif ayant conduit le juge à écarter l'application de l'article 5, plusieurs hypothèses étaient en conséquence envisageables : soit le vendeur et l'acheteur étaient professionnels, soit l'acheteur et le vendeur étaient particuliers (et le juge a implicitement décidé que l'article 5 de la Convention de Rome ne s'appliquait pas aux contrats *CtoC*), soit enfin, l'acheteur était professionnel et le vendeur particulier.

**378. Prestation caractéristique de la vente à distance (livraison).** Quoi qu'il en soit, c'est l'article 4 de la Convention de Rome que le juge a appliqué, cette disposition prévoyant une règle générale de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles lorsque les parties n'ont pas choisi de droit applicable : le droit applicable est alors celui de l'État où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle. En l'espèce, le juge a décidé qu'en matière de vente, cette prestation était la livraison de la chose vendue, une obligation à charge du vendeur. Il a par conséquent appliqué la loi belge<sup>1345</sup>.

## 2. Droit d'auteur – Convention de Berne – Article 5.3 – Affaire Copiepresse et al. contre Google

**379. Faits.** Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles<sup>1346</sup> a impliqué Copiepresse, SAJ et Assu-copie qui se sont opposées à Google Inc., à propos du service Google News et à la mise en cache des pages Web. Les sociétés de gestion entendaient obtenir de Google la suppression de tous les articles et images des ayants droit dont elles représentaient les droits, et publiés sur les sites Web de ces derniers, qui étaient impliqués dans les services de cache et Google News. En matière de droit international privé, le débat s'est focalisé sur la désignation du droit applicable en matière d'atteinte à la propriété intellectuelle : Google invoquait l'applicabilité du droit américain<sup>1347</sup>. À défaut de pouvoir approfondir ici la réflexion juridique en la matière, à propos de laquelle il est renvoyé à une autre contribution<sup>1348</sup>, le propos se limite aux quelques considérations suivantes.

<sup>1345</sup> Cette solution est conforme à celle consacrée dans l'article 4.1, a), du règlement Rome I. L'article 4 de la Convention de Rome a également été évoqué par le tribunal d'Amsterdam, dans un litige opposant une société établie aux États-Unis, Energy Intelligence Group [EIG], et ABN AMRO établie aux Pays-Bas. Cette dernière était abonnée électroniquement à des publications relatives au marché international de l'énergie éditées et diffusées par la première. Le tribunal a considéré que la prestation caractéristique du contrat en cause était la rédaction (« *opstellen* ») et la fourniture (« *aanleveren* ») des bulletins d'information, et que partant, le droit américain devait régir le litige relatif à l'inexécution contractuelle, voy. Rechtbank Amsterdam, 26 octobre 2011, *EIG contre ABN AMRO*, aff. n° 471715, n° de rôle HA ZA 10-3196, disponible sur <http://www.iept.nl>, pp. 3-4.

<sup>1346</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 3/2011, pp. 35 et s., note A. DE FRANQUEN, pp. 58 et s.

<sup>1347</sup> La question de la compétence internationale n'a pas été discutée.

<sup>1348</sup> Voy. à ce sujet A. DE FRANQUEN, « L'arrêt *Google contre Copiepresse* et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet », note sous Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, pp. 58-74.

**380. Article 5.3 de la Convention de Berne.** La cour d'appel de Bruxelles a considéré que conformément à l'article 5.3 de la Convention de Berne<sup>1349</sup>, la protection des œuvres en cause en Belgique était régie par le droit belge, la Convention n'ayant pas vocation à s'appliquer dans le cas d'espèce. En effet, les auteurs et éditeurs belges ayant originellement publiés leurs œuvres – articles et photos de journaux – en Belgique<sup>1350</sup>, et revendiquant une protection dans ce pays d'origine des œuvres<sup>1351</sup>, la loi belge régit l'atteinte alléguée.

La cour fonde donc la « compétence » du droit belge dans l'article 5.3 de la Convention de Berne – qu'elle applique donc... Dans la suite de ses développements, elle ne semble invoquer d'autres règles applicables en Belgique en matière de droit international privé, que pour répondre à Google : même si l'article 5.2 invoqué par cette société avait été applicable, le droit belge aurait également été déclaré applicable *in fine*. En doctrine, la question se pose de savoir si l'article 5.3 de la Convention de Berne renvoie, lorsqu'il se réfère à la « législation nationale », aussi bien aux règles nationales matérielles de droit d'auteur, qu'aux règles nationales de droit international privé<sup>1352</sup>. Ici, la cour semble ne pas trancher la question<sup>1353</sup>.

**381. Article 5.2 de la Convention de Berne, lieu de l'acte illicite.** Google invoquait l'article 5.2 de la Convention, prévoyant l'application du droit de l'État où la protection est revendiquée<sup>1354</sup>. L'idée de Google était de soutenir que le lieu où la protection était revendiquée correspond au lieu où sont accomplis les agissements délictueux – les États-Unis, où Google alimente son service en données –, afin de pouvoir bénéficier de l'exception de *fair use* inconnue du droit belge. La cour aurait pu se limiter à juger de l'inapplicabilité de cet article 5.2 de la Convention de Berne<sup>1355</sup>. Elle entre néanmoins dans la discussion relative à la localisation de l'acte illicite, en jugeant qu'en « tout état de cause, l'acte illicite est commis lorsque les œuvres protégées sont diffusées en Belgique sur le site Google.be »<sup>1356</sup>, peu importe le lieu où sont « injectées » les données (*i.e.* celui où sont alimentés les serveurs de Google, en d'autres termes, le lieu de traitement de l'information). Faisant sien le raisonnement développé par J. Ginsburg<sup>1357</sup>, la cour juge ici implicitement

<sup>1349</sup> Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971, modifié le 28 septembre 1979, disponible sur [http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/berne/pdf/trtdocs\\_wo001.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf). Selon l'article 5.3, « La protection dans le pays d'origine est régie par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux ».

<sup>1350</sup> La Cour ne spécifie cependant pas en quoi le lieu de publication des articles de presse est bien la Belgique, Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *op. cit.*, p. 41, point 15, *in fine*. Or tous les articles publiés en ligne ne le sont pas nécessairement préalablement dans les journaux « papier ». À ce sujet, voy. A. DE FRANQUEN, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>1351</sup> Voy. en particulier l'article 5.4, a), de la Convention de Berne quant à la définition du pays d'origine en l'espèce.

<sup>1352</sup> Voy. les références citées par A. DE FRANQUEN, *op. cit.*, p. 68, note de bas de page n° 60. Dans une décision récente, le tribunal d'Amsterdam considère que la *lex loci protectionis* détermine, dans un cas particulier, quel droit est applicable, voy. Rechtbank Amsterdam, 26 octobre 2011, *EIG contre ABN AMRO*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1353</sup> Voy. *infra*, n° 383.

<sup>1354</sup> Ainsi, en dehors du pays d'origine, selon l'article 5.2 de la Convention de Berne : « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ».

<sup>1355</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *op. cit.*, p. 41, point 16.

<sup>1356</sup> *Ibid.*, p. 42, point 17.

<sup>1357</sup> J. GINSBURG, obs. sous T.G.I. Paris, 20 mai 2008, *R.D.T.I.*, 4/2008, pp. 508-521.

que la diffusion volontaire et à destination du public belge – marché local – des œuvres en question constitue un acte accompli sur le territoire belge<sup>1358</sup>. C'est bien ici le contenu du site Web et la communication qui en est réalisée via Internet qui sont dommageables. On ne manquera pas de lier ces considérations à la définition du critère de la direction des activités évoqué précédemment en matière de protection du consommateur en droit international privé européen<sup>1359</sup>.

**382. Règlement Rome I et Code DIP.** Enfin la cour poursuit, « à supposer que la Convention de Berne ne contiendrait pas de références suffisamment claires pour résoudre le conflit de loi dans le cadre d'une situation complexe où le lieu de la faute et du dommage seraient situés dans deux pays différents, il s'imposerait à la cour d'appliquer sa loi nationale », les règles de droit international privé applicables en Belgique étant visées<sup>1360</sup>. Cette partie de l'arrêt est toutefois discutable. D'abord, la Convention de Berne contient une règle de conflit ou n'en contient pas. Dans le cas où elle en contiendrait une, son degré plus ou moins grand de précision laisserait plus ou moins de pouvoir au juge. Ensuite, la cour discute de l'application de la règle générale consacrée dans l'article 4 du règlement Rome II en matière de droit applicable aux obligations non contractuelles<sup>1361</sup>. Or d'une part, ce règlement n'était pas en vigueur au moment des faits<sup>1362</sup> – on fera abstraction de cet élément pour l'analyse. Et d'autre part, il comporte une règle spécifique de conflit de loi en matière de propriété intellectuelle identique à celle de la Convention de Berne : l'article 8.1 du règlement<sup>1363</sup>. La cour écarte cette dernière règle parce qu'elle reprend les mêmes termes que la Convention de Berne. C'est donc, semble-t-il, au motif qu'elle ne serait pas assez précise pour trancher le conflit de lois, que la règle serait évincée. Pourtant, la cour ne pourrait pas écarter cette règle spécifique de conflit de lois au profit d'une règle générale, vu que sa catégorie de rattachement vise les « atteintes aux droits de propriété intellectuelle » et par conséquent sans aucun doute, le litige. Dans la foulée, la cour écarte également, et toujours pour la même raison, l'article 93 du Code DIP<sup>1364</sup> qui, dans toutes les hypothèses relevant du champ d'application des règles du règlement Rome II, ne peut de toute façon pas s'appliquer. Au terme de son raisonnement, la cour applique alors l'article 4.3 du règlement Rome II<sup>1365</sup>, en concluant une fois de plus

<sup>1358</sup> À l'appui de son raisonnement, la Cour cite encore une décision de la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 2011 (*SAIF contre Google France et Google Inc.*) (disponible sur <http://www.juriscom.net/>) concernant Google Images et l'article 5.2 de la Convention de Berne. Il semble toutefois que la décision parisienne n'est pas tout à fait semblable dans le sens où elle retient comme lien de proximité plus important le « pays de réception », par opposition au pays de « faits générateurs », et après avoir souligné qu'il n'est pas réellement contesté que la loi du pays du lieu du dommage peut s'appliquer en cas de proximité plus étroite. Si les arrêts belges et français arrivent à la même conclusion, le juge belge se focalise sur le lieu de l'acte illicite, alors que le juge français prendrait plutôt en compte le lieu du dommage qu'il juge, *in casu*, refléter plus de proximité.

<sup>1359</sup> Voy. *supra*, n<sup>os</sup> 350 et 351.

<sup>1360</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *op. cit.*, pp. 42-43, point 18.

<sup>1361</sup> *Op. cit.*

<sup>1362</sup> Voy. articles 31-32 du règlement Rome II et A. DE FRANQUEN, *op. cit.*, p. 69.

<sup>1363</sup> « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ».

<sup>1364</sup> Visant notamment l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

<sup>1365</sup> « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question ».

que le droit belge aurait encore été applicable, car c'est avec la Belgique que le fait dommageable présente les liens manifestement plus étroits<sup>1366</sup>.

**383. Application d'une sorte d'«*antikiesregel*» ?** En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles n'a-t-elle pas appliqué une sorte d'«*antikiesregel*» (ou «*règle de l'anti-choix*») quant à la question de savoir quelle *règle de conflit* appliquer ? En d'autres termes, elle aurait soigneusement évité de trancher la question de savoir si l'article 5.3 de la Convention de Berne, lorsqu'il renvoie à la législation nationale, renvoie également aux règles de conflits nationales, en soutenant qu'en toute hypothèse, le droit belge régirait le cas soumis.

**384. Portée territoriale de l'ordre de cessation.** Enfin, afin de «*respecter le caractère territorial de l'injonction et de la limiter au pays d'origine, dès lors que la loi belge n'a pas vocation à régir des infractions commises dans tous les pays du monde, il conviendra, le cas échéant, de circonscrire l'ordre de cessation aux sites Google.be et Google.com*»<sup>1367</sup>. Ce à quoi la cour a procédé<sup>1368</sup>. Une nouvelle instance serait donc nécessaire en Belgique au cas où Google offrirait sciemment son service Google News aux ressortissants belges via un autre nom de domaine, par exemple, Google.fr...

La question du filtrage pourrait se poser, mais sous un autre angle que celui généralement adopté en matière de propriété intellectuelle<sup>1369</sup>. Aurait-il été possible pour la cour d'enjoindre Google de ne plus rendre accessibles aux utilisateurs «*belges*» – en utilisant par exemple leurs adresses IP pour identifier leur provenance – les contenus litigieux ? Certes, les limites d'un tel filtrage sont connues. À nouveau, la géolocalisation des internautes, déjà évoquée, pourrait être pertinente<sup>1370</sup>.

Par ailleurs, les articles concernés par Google News ne sont pas d'intérêt uniquement pour les ressortissants belges, en Belgique. Et la cour le reconnaît, même si elle considère qu'il n'y aura que peu de Belges à l'étranger concernés par le service. Plus largement, c'est toute personne intéressée par l'actualité belge et comprenant le français (ou le néerlandais) qui est un utilisateur potentiel de Google News dont l'adresse «*.com*» est un canal de diffusion général. En exigeant la *suppression* des informations, plutôt que leur *inaccessibilité* à partir du territoire belge, la Cour interdit ainsi à Google de diffuser des œuvres que cette société pourrait peut-être, en vertu du droit d'un autre État, communiquer aux personnes situées sur le territoire de cet État, via Internet.

<sup>1366</sup> Sur ce point, la Cour aurait pu directement considérer que d'une part, le lieu du dommage, à savoir la Belgique, commande l'application du droit belge (article 4.1), et que d'autre part, la simple «*injection*» des données à partir des États-Unis n'a pas pour conséquence que ce pays présente des liens manifestement plus étroits avec le litige que la Belgique, dès lors que la diffusion a également eu lieu en Belgique (article 4.3).

<sup>1367</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 3/2011, p. 43, point 20.

<sup>1368</sup> *Ibid.*, p. 57, dispositif.

<sup>1369</sup> On pense par exemple au filtrage général et préventif des contenus protégés par le droit d'auteur que le juge ne peut pas imposer aux fournisseurs d'accès à internet ou prestataires d'hébergement (tel que le fournisseur d'un réseau social en ligne), voy. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Sabam*, aff. C-70/2010; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM contre Netlog*, aff. C-360/2010.

<sup>1370</sup> Voy. *supra*, n° 351, et *infra*, n° 396.

### 3. Droit des marques – Portée territoriale – Affaire L'Oréal contre eBay

**385. Biens offerts à la vente à distance à partir d'un État tiers.** Dans un litige ayant notamment opposé L'Oréal à eBay, la Cour de justice<sup>1371</sup> a jugé que les droits sur une marque conférés par le droit national ou le droit communautaire<sup>1372</sup> pouvaient être invoqués contre l'offre à la vente par un opérateur économique recourant au commerce électronique (à une place de marché électronique, eBay), de produits de ces marques non encore commercialisés dans l'Espace Économique Européen, dès que l'offre à la vente (les biens sont visualisables et peuvent être commandés en ligne) de ces produits se trouvant dans un État tiers était *destinée aux consommateurs* situés sur le territoire couvert par la marque<sup>1373</sup>. Juger le contraire priverait de leur effet utile les dispositions protectrices du droit à la marque<sup>1374</sup>. Le titulaire d'une marque pouvant s'opposer à l'usage de sa marque (ou de signes identiques ou similaires) dans les offres à la vente et les publicités, l'effectivité des règles protectrices de la marque serait atteinte si elles étaient érudées « du seul fait que le tiers à l'origine de [l']offre ou de [la] publicité est établi dans un État tiers, que le serveur du site Internet qu'il utilise se situe dans un tel État, ou encore que le produit faisant l'objet de ladite offre ou de ladite publicité se situe dans un État tiers »<sup>1375</sup>. Il n'est ainsi pas nécessaire, contrairement à ce que soutenait eBay, que les biens concernés soient effectivement acheminés sur le territoire européen.

**386. Offre à destination des consommateurs d'un ou plusieurs États.** Pour déterminer si l'offre en question est bien destinée aux consommateurs situés sur le territoire de l'Union ou de l'État membre en cause, la Cour se reporte d'abord à sa jurisprudence *Pammer et Hotel Alpenhof* étudiée précédemment<sup>1376</sup>, et confère donc cette tâche aux juridictions nationales<sup>1377</sup>. Cette jurisprudence antérieure est ensuite quelque peu spécifiée par la Cour. Ainsi, cette dernière relève qu'un indice importe particulièrement en l'espèce : toute mention selon laquelle le vendeur est prêt à envoyer le produit en cause dans telle ou telle autre zone géographique. Cet indice paraît ainsi prépondérant. Aussi la Cour va plus loin sur un point. Elle estime qu'en l'absence d'éléments probants contraires, le site disposant d'un ccTLD en «.uk» (« www.ebay.co.uk ») apparaît destiné à des consommateurs situés sur le territoire couvert par les marques britannique et communautaire, de telle sorte que les offres à la vente concernées relèvent du champ d'application de ces droits<sup>1378</sup>. La Cour établit par conséquent une présomption réfragable que l'offreur devra renverser s'il entend être mis hors de cause.

### 4. Nom commercial

**387. Protection d'un nom commercial étranger.** Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles<sup>1379</sup>, s'est posée la question de la protection, en Belgique, d'un nom commercial néerlandais

<sup>1371</sup> C.J.U.E. (gde ch.), 12 juillet 2011, *L'Oréal et autres contre eBay International et autres*, aff. C-324/2009, obs. S. DUSOLLIER et E. MONTERO, *R.D.T.I.*, 45/2011, pp. 170-189.

<sup>1372</sup> Voy. l'article 5 de la première directive (CEE) n° 89/104 du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.*, L 40, du 11 février 1989; article 9 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, *J.O.*, L 11, du 14 janvier 1994.

<sup>1373</sup> *L'Oréal contre eBay*, *op. cit.*, §§ 61-63.

<sup>1374</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>1375</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>1376</sup> Voy. *supra*, n°s 350 et 351.

<sup>1377</sup> *L'Oréal contre eBay*, *op. cit.*, §§ 64-66.

<sup>1378</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>1379</sup> Bruxelles, 31 mars 2009, *op. cit.*, pp. 384 et s.

dais. L'enregistrement du nom de domaine « tweedehands.be », concernant une célèbre place de marché électronique de biens de deuxième main, était contesté<sup>1380</sup>. Pour mémoire, la société néerlandaise appelante était déjà titulaire des noms « 2dehands.nl », « tweedehands.nl » et « 2dehands.be ». La question pertinente en l'espèce, avait spécifié la cour, était de savoir qui était titulaire des noms commerciaux utilisés comme noms de domaine<sup>1381</sup>. La juridiction décidera que le nom commercial « tweedehands », même s'il est étranger, bénéficie d'une protection en Belgique, par la loi belge, s'il y est effectivement utilisé ou, à tout le moins, connu<sup>1382</sup>. La cour considère qu'il doit être tenu compte de la plus grande mobilité du monde d'aujourd'hui, de telle sorte que la protection locale généralement réservée aux noms commerciaux doit être élargie géographiquement<sup>1383</sup>. Il en va de la sorte dans le cas d'espèce, vu que les services de la société néerlandaise sont offerts via Internet, et que ses sites Web « néerlandais » sont accessibles par-delà les frontières, notamment aux Belges<sup>1384</sup>. La cour ajoute que lorsqu'un internaute utilise par exemple le site « www.tweedehands.nl », c'est sur l'écran de son ordinateur et donc en Belgique, qu'apparaît le nom commercial<sup>1385</sup>. Et elle évoque enfin différents éléments (dont la publicité en Belgique et le nombre de visiteurs belges du site) qui démontrent bien que les noms commerciaux « 2dehands.nl » et « tweedehands.nl » jouissent d'une véritable renommée sur le territoire belge<sup>1386</sup>.

## 5. Pratiques du marché

**388. Publicité sur un site Web.** Dans une affaire précitée soumise au président du tribunal de commerce de Gand<sup>1387</sup>, quant au fond, pour condamner la défenderesse allemande, le président souligne que le site de celle-ci est également dirigé vers le marché belge, et que la LPMP est une loi de police d'application sur le territoire belge<sup>1388</sup>.

## 6. Libre prestation des services de la société de l'information

### a. Clause de marché intérieur – Directive 2000/31/CE – Article 3

**389. Portée et qualification de la clause de marché intérieur.** En matière de libre prestation des services de la société de l'information, l'affaire *eDate Advertising et Martinez*, soumise à la Grande Chambre de la Cour de justice, est à nouveau à citer, mais cette fois sous l'angle de l'article 3 de la directive 2000/31, soit la directive *e-commerce*<sup>1389</sup>. Selon cette disposition, chaque « État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État

<sup>1380</sup> L'entreprise défenderesse utilisait en Belgique le nom de domaine litigieux afin de renvoyer les internautes consultant le site Web en cause vers celui d'eBay. Elle touchait, à cette occasion, une commission en cas d'inscription des internautes sur eBay.

<sup>1381</sup> Bruxelles, 31 mars 2009, *op. cit.*, p. 393, point 12.

<sup>1382</sup> *Ibid.*, point 14, p. 393.

<sup>1383</sup> *Ibid.*

<sup>1384</sup> *Ibid.*

<sup>1385</sup> *Ibid.*, point 14, p. 394.

<sup>1386</sup> *Ibid.*

<sup>1387</sup> Voy. *supra*, n° 367.

<sup>1388</sup> Prés. Comm. Gand, 8 octobre 2010, *op. cit.*, p. 684.

<sup>1389</sup> Directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *op. cit.*; *eDate Advertising et Martinez*, §§ 53-68.

## CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

membre relevant du domaine coordonné»<sup>1390</sup>. Et ils « ne peuvent, pour des raisons relevant [de ce domaine], restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre »<sup>1391</sup>.

La doctrine se demandait notamment si cette disposition devait être transposée et appliquée comme une règle de conflit de lois imposant systématiquement, dans l'État d'accueil du service et pour les matières relevant du domaine coordonné, l'application du droit de l'État d'établissement du prestataire du service de la société de l'information<sup>1392</sup>. Il s'agirait de transposer un principe dit de la loi du pays d'origine<sup>1393</sup>, qui serait traduit par une règle de rattachement multilatérale. La Cour a donné une réponse : l'article 3 ne doit pas être transposé sous la forme d'une règle spécifique de conflit de lois<sup>1394</sup>. Toutefois, en vue de garantir pleinement la libre circulation des services de la société de l'information – objectif de la directive garanti par des règles impératives –, les exigences imposées dans l'État membre d'accueil au prestataire de service, prévues par le droit désigné par les règles de droit international privé, ne peuvent être « plus strictes » que celles du droit matériel applicable dans le pays d'origine<sup>1395</sup>. Un autre droit que celui du pays d'origine, désigné par les règles de droit international privé de l'État d'accueil, pourra s'appliquer s'il est équivalent ou moins strict<sup>1396</sup>. Si tel n'est pas le cas, la Cour considère que l'application de règles plus strictes constitue une restriction à la libre circulation des services qu'il conviendra d'écarter au moyen de ce que la doctrine appelle une « exception de reconnaissance mutuelle »<sup>1397</sup>. Ainsi, la directive 2000/31 « introduit un mécanisme correcteur du règlement du conflit de lois dans l'État d'accueil »<sup>1398</sup>, et n'impose pas la transposition du principe de la loi du pays d'origine.

<sup>1390</sup> Article 3.1 de la directive 2000/31.

<sup>1391</sup> Article 3.2 de la directive 2000/31.

<sup>1392</sup> Voy. S. FRANCO, « Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet : affaires *eDate Advertising* et *Martinez* », *op. cit.*, pp. 37-38 ; les références citées par E. ALVAREZ ARMAS et M. FALLON, « La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet : compétence internationale, loi applicable », *op. cit.*, p. 9, note de bas de page n° 17, et M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, pp. 480-481, notes de bas de page n°s 99-100.

<sup>1393</sup> Pour une critique et une analyse de l'impact de ce principe en droit international privé, voy. O. DE SCHUTTER et S. FRANCO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *C.D.E.*, 5-6/2005, pp. 640-656.

<sup>1394</sup> *eDate Advertising* et *Martinez*, *op. cit.*, §§ 60-63 et 68. Notons que l'article 1.4 de la directive est clair : « La présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions ». Plusieurs auteurs soulignent toutefois très justement que la directive impose à l'État d'origine du prestataire de service d'appliquer à ce dernier ses règles nationales appartenant au domaine coordonné. En d'autres termes, cet État doit prévoir dans son droit national une « règle d'applicabilité » (règle définissant unilatéralement le domaine d'application de son droit) soumettant le prestataire de service de la société de l'information établi sur son territoire à l'ensemble des règles nationales appartenant au domaine coordonné. Voy. M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *op. cit.*, pp. 486-487 ; S. FRANCO, « Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet : affaires *eDate Advertising* et *Martinez* », *op. cit.*, p. 38.

<sup>1395</sup> *eDate Advertising* et *Martinez*, *op. cit.*, §§ 64-67.

<sup>1396</sup> Encore faudra-t-il déterminer *in concreto* quand une règle est « plus stricte » qu'une autre.

<sup>1397</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *op. cit.*, p. 487.

<sup>1398</sup> S. FRANCO, « Responsabilité du fournisseur d'information sur Internet : affaires *eDate Advertising* et *Martinez* », *op. cit.*, p. 38.

**390. Domaine coordonné.** Bien entendu, la clause de marché intérieur ne vaut que dans le champ d'application de la directive<sup>1399</sup>, et pour le « domaine coordonné » dans lequel la directive inclut certaines matières<sup>1400</sup>, alors qu'elle en exclut d'autres<sup>1401</sup>. Aussi, les États ont une possibilité de déroger à cette clause, à de strictes et « exhaustives » conditions, moyennant notification notamment<sup>1402</sup>.

Évidemment, la délimitation du domaine coordonné par la directive est fondamentale. La définition générale du domaine coordonné est particulièrement large. Ce domaine comprend « les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, *qu'elles revêtent un caractère général* ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux »<sup>1403</sup> (italique ajouté par nous). Donc *a priori*, les normes particulières prescrivant un comportement – dont des lois de police – devraient être incluses dans le domaine coordonné. Pour rappel, le législateur a jugé bon d'explicitement exclure, notamment, le droit d'auteur et les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs de ce domaine. Ainsi, la Cour souligne que le droit civil est en général inclus dans le domaine coordonné<sup>1404</sup>, dont explicitement d'ailleurs, la matière de la responsabilité<sup>1405</sup>. L'atteinte aux droits de la personnalité, en cause dans l'affaire, devrait donc être soumise au jeu de la clause de marché intérieur<sup>1406</sup>.

Il importe ici de coordonner l'application de la directive *e-commerce* et les règlements Rome II et Rome I, postérieurs à cette directive, portant respectivement sur le droit applicable aux obligations non contractuelles et sur le droit applicable aux obligations contractuelles. Il est impossible ici d'approfondir cette question. Et il est vrai que dans le cas d'espèce, il ne peut y avoir d'opposition entre le règlement Rome II et la clause de marché intérieur de la directive 2000/31. En effet, cela a déjà été évoqué, le règlement exclut explicitement la matière des droits de la personnalité de son champ d'application<sup>1407</sup>. Cette matière reste donc régie par les droits nationaux (en Belgique, par l'article 99, § 2, du Code DIP, déjà évoqué).

*Quid* toutefois des autres questions incluses dans son champ d'application ? Si la Cour de justice juge que l'article 3 n'est pas une règle de conflit, il pourrait être considéré que l'article 27 du règlement Rome II<sup>1408</sup> ne devrait pas empêcher l'application de ce règlement qui, postérieur à la direc-

<sup>1399</sup> Voy. l'article 1.5 de la directive 2000/31, qui exclut notamment le domaine de la fiscalité du champ d'application du texte.

<sup>1400</sup> Voy. l'article 2, h), de la directive 2000/31.

<sup>1401</sup> Voy. l'article 3.3, l'article 2, h), ii), et l'annexe de la directive 2000/31. Le droit d'auteur est par exemple une matière exclue.

<sup>1402</sup> Voy. l'article 3.4 de la directive 2000/31 ; *eDate Advertising et Martinez, op. cit.*, § 59.

<sup>1403</sup> Article 2, h), de la directive 2000/31.

<sup>1404</sup> Sauf évidemment ses portions exclues en vertu de l'article 3.3 de la directive 2000/31. Voy. *eDate Advertising et Martinez, op. cit.*, §§ 58-59.

<sup>1405</sup> Article 2, h), i), deuxième tiret, de la directive 2000/31.

<sup>1406</sup> Le règlement Bruxelles I qui s'applique aux matières *civiles* et commerciales, s'applique à la réparation du dommage résultant d'une atteinte à un droit de la personnalité. Ce qui implique donc qu'un tel droit, au regard du droit européen, peut être qualifié de matière civile. Il entrerait donc dans le champ du domaine coordonné.

<sup>1407</sup> Article 1.2, g), du règlement Rome II.

<sup>1408</sup> L'article 27 du règlement Rome II énonce : « Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire. Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières,

tive *e-commerce*, devrait alors prévaloir, peu importe que cela entraîne l'application d'un droit plus strict pour le prestataire de service<sup>1409</sup>. Toutefois, des considérants des règlements Rome I et Rome II stipulent clairement que « l'application des dispositions de la loi applicable désignée par le[ur]s règles [...] ne devrait pas restreindre la libre circulation des biens et des services » telle que notamment garantie par la directive *e-commerce*<sup>1410</sup>. D'une certaine manière, sont alors ici écartés les objectifs poursuivis par les règles bilatérales classiques de droit international privé, dans le cas d'espèce en matière d'obligations non contractuelles<sup>1411</sup>.

**391. Protection des données.** Enfin, l'affaire *eDate Advertising et Martinez* conduit à évoquer brièvement la matière de la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel. La directive 95/46 comporte en effet une règle particulièrement proche de la règle de marché intérieur de l'article 3 de la directive 2000/31, si l'on combine ses articles 1.2 et 4, dont l'interprétation pourrait être inspirée par la décision *eDate Advertising et Martinez* de la Cour<sup>1412</sup>.

*b. Jeux de hasard – Articles 49 CE (56 TFUE) et 43 CE (49 TFUE)*

**392. Restrictions à la libre prestation des services.** La Cour de justice a tranché plusieurs affaires impliquant des jeux de hasard via Internet et la libre prestation des services consacrée dans l'article 49 CE, actuel article 56 TFUE<sup>1413</sup>.

L'affaire *Bwin*<sup>1414</sup> peut être évoquée et servir de charpente à la discussion. *Bwin*, un opérateur privé ayant son siège à Gibraltar, offre des jeux de hasard (poker, tirage au sort, paris sportifs, etc.) via

---

*règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles* (italique ajouté par nous). Voy. aussi l'article 23 du règlement Rome I.

<sup>1409</sup> Une interprétation pour concilier les termes du règlement Rome II et la jurisprudence *eDate Advertising et Martinez*, serait de considérer que l'article 3 de la directive 2000/31, bien que ne devant pas être transposé comme une règle de conflit, « règle » quand même des conflits de loi en la matière, en ce qu'il est susceptible d'en influencer la solution. Une autre solution serait de considérer que la décision de la Cour ne vaut que quant aux règles nationales de droit international privé applicables, autrement dit, hors du champ d'application du règlement Rome II. Mais pourtant, la Cour vise bien toutes les règles matérielles du domaine coordonné, peu importe les règles de droit international privé applicables.

<sup>1410</sup> Voy. les considérants n° 40 du règlement Rome I et n° 35 du règlement Rome II.

<sup>1411</sup> Ainsi d'une part, quant à la philosophie de la règle générale consacrée dans l'article 4 du règlement Rome II (conduisant à l'applicabilité de la *lex loci damni*, en d'autres termes lorsqu'il est question de prestation transfrontière de service, en principe la loi de l'État d'accueil) le considérant n° 16 du règlement Rome II stipule que le « rattachement au pays du lieu où le dommage direct est survenu ('lex loci damni') crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective » (italique ajouté par nous). Et d'autre part, l'article 99, § 2, du Code DIP, visant les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, « tend à favoriser la personne lésée », F. RIGAUD et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 958.

<sup>1412</sup> Voy. à ce sujet J.-P. MOINY, « Facebook au regard des règles européennes de protection des données », *op. cit.*, pp. 256-259.

<sup>1413</sup> Voy. notamment en la matière, N. HOEKX, « Kansspelen op het internet: heeft *Bwin vs. Santa Casa* de kaarten geschud? », *D.C.C.R.*, 2009/2, pp. 60-70; M. VAN HUFFEL, « Chronique de jurisprudence annotée de la Cour de justice de l'Union européenne – Droit de la consommation, 1<sup>er</sup> janvier 2009 – 30 juin 2010 », *D.C.C.R.*, 2010/4, pp. 5-14; G. LEBON et T. VERBIEST, « Arrêt 'Zeturf' : l'appréciation des objectifs légitimes poursuivis en matière de régulation des paris hippiques », *J.D.E.*, 2011, pp. 267-268; P. PAEPE, « Les jeux de hasard en ligne dans l'Union européenne : mise en contexte et commentaire de l'arrêt *Santa Casa* », *R.D.T.I.*, 2010, 38, pp. 55-79.

<sup>1414</sup> C.J.U.E. (gde ch.), 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07.

Internet et des serveurs localisés à Gibraltar et en Autriche. C'est l'offre de paris sportifs à propos de rencontres portugaises de football qui fut en cause. La Liga, organisatrice des compétitions de première division, avait conclu un contrat de parrainage avec Bwin, faisant de cette dernière le principal parraineur institutionnel de la première division portugaise. Alors que Santa Casa s'était vue attribuer au Portugal, le monopole d'exploitation de jeux de paris équivalents. En vertu des compétences lui étant conférées par la loi, Santa Casa infligea des amendes administratives à la Liga et à Bwin. La question préjudicielle posée à la Cour peut se résumer comme suit : au regard de l'article 49 CE (actuel 56 TFUE), la réglementation portugaise peut-elle interdire à un prestataire offrant les services précités légalement et en ligne sur le territoire d'un autre État membre, de proposer également ces jeux de hasard via Internet sur le territoire portugais<sup>1415</sup> ?

La Cour juge d'abord que la réglementation en cause constitue bien une restriction à la libre prestation des services<sup>1416</sup>. Elle rappelle que la matière des jeux de hasard n'est pas harmonisée et est l'objet de divergences d'ordre moral, religieux et culturel entre les États.

**393. Objectif poursuivi et aptitude de la mesure à le rencontrer.** Ensuite, quant à la justification d'une telle restriction, les mesures invoquées doivent être non discriminatoires<sup>1417</sup> et proportionnelles au regard des objectifs invoqués par l'État en cause : la législation est-elle propre à garantir les objectifs en question, et répond-elle au souci d'atteindre ces derniers d'une manière cohérente et systématique<sup>1418</sup> ? En l'espèce, l'objectif allégué était la lutte contre la criminalité, en particulier la protection des consommateurs contre des fraudes commises par les opérateurs<sup>1419</sup>. Dans d'autres affaires, la Cour relèvera que peuvent être ajoutés à cet objectif, le but de réfréner la dépendance aux jeux<sup>1420</sup>, ou celui de prévenir l'incitation à des dépenses excessives liées aux jeux<sup>1421</sup>. Sans surprise, le seul objectif de maximiser les recettes fiscales n'est pas admissible<sup>1422</sup>. La Cour juge que l'objectif invoqué dans le cas *Bwin* constitue bien une raison impérieuse d'intérêt général. Et que l'octroi de droits exclusifs pour l'exploitation des jeux de hasard via Internet, à un opérateur unique soumis à un contrôle étroit des pouvoirs publics (quant à son organisation et à

<sup>1415</sup> *Bwin, op. cit.*, § 50.

<sup>1416</sup> *Ibid.*, §§ 52-54. Et il est sans conséquence à cet égard que le prestataire de service en question ne fournisse pas ses services dans son État membre d'établissement, voy. C.J.U.E. (gde ch.), 8 septembre 2010, *Carmen Media Group contre Land Schleswig-Holstein et Innenminister des Landes Schleswig-Holstein*, aff. C-46/08, §§ 40-43, où Carmen Media ne disposait pas de l'agrément nécessaire pour offrir ses services à Gibraltar, où elle était établie.

<sup>1417</sup> Il n'est évidemment pas question de prévoir des sanctions plus lourdes pour les prestataires agissant depuis l'étranger, que pour les opérateurs du territoire national, voy. C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 8 juillet 2010, *Procédures pénales contre Otto Sjöberg ; Anders Gerdin*, aff. jointes C-447/08 et C-448/08, §§ 47-57.

<sup>1418</sup> *Bwin, op. cit.*, §§ 55-61.

<sup>1419</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>1420</sup> Voy. C.J.U.E. (2<sup>e</sup> ch.), 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd contre Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, §§ 14-38. La Cour accepte qu'il puisse être recouru à la publicité pour les jeux de hasard organisés, par exemple par un opérateur unique agréé, malgré cet objectif de lutte contre la dépendance aux jeux. Cette publicité doit toutefois demeurer mesurée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour canaliser les consommateurs vers le réseau légal de jeux, voy. C.J.U.E. (8<sup>e</sup> ch.), 30 juin 2011, *Zeturf contre Premier ministre*, aff. C-212/08, §§ 64-71, en particulier § 71.

<sup>1421</sup> *Carmen Media, op. cit.*, § 55. In fine toutefois, la Cour jugera que la juridiction nationale peut considérer qu'il n'y a pas eu mise en œuvre de règles propres à garantir l'objectif poursuivi, voy. §§ 67-71.

<sup>1422</sup> C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 15 septembre 2011, *Procédure pénale contre Jochen DICKINGER et Franz ÖMER*, aff. C-347/09, § 55.

son fonctionnement<sup>1423</sup>), peut en l'espèce permettre de canaliser l'exploitation des jeux concernés dans un circuit contrôlé apte à protéger les consommateurs contre le risque évoqué<sup>1424 1425</sup>.

**394. Nécessité de la mesure, risques spécifiques liés à Internet.** Sous l'angle de la nécessité de la réglementation concernée, la Cour évoque deux groupes de considérations. Premièrement, elle invoque à nouveau l'absence d'harmonisation qui permet à un État de considérer que la seule soumission du prestataire de services à la législation et au contrôle de l'État membre (tiers) de son établissement, n'est pas une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux<sup>1426</sup>. Ce point mérite peut-être un commentaire. En effet, la Cour conclut son motif par la phrase « eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'État membre d'établissement pour évaluer les qualités et la probité professionnelles des opérateurs »<sup>1427</sup> (italique ajouté par nous). La Cour ne visait-elle pas l'État membre se prévalant de la législation prohibitive, plutôt que celui d'établissement du prestataire de service ? En effet, juste avant de développer ce motif, la Cour reprend un argument du gouvernement portugais qui faisait valoir que « les autorités d'un État membre n'ont pas les mêmes possibilités de contrôle en ce qui concerne des opérateurs ayant leur siège en dehors du territoire national et se servant de l'Internet pour proposer leurs services que celles dont elles disposent à l'égard d'un opérateur tel que Santa Casa »<sup>1428</sup>. Cet argument était intéressant dans la mesure où il renvoie aux limites de la compétence d'un État qui, en droit international public, ne jouit d'aucune compétence d'exécution sur le territoire d'un autre État, sans le consentement (par traité ou autrement) de ce dernier<sup>1429</sup>. Nous considérons que dans le motif en cause de la Cour, cet élément a été déterminant. En matière de liberté d'établissement, consacrée dans l'article 43 CE, actuel article 49 TFUE, l'affaire *Engelmann*<sup>1430</sup> peut être rapprochée de cette discussion<sup>1431</sup>.

Deuxièmement, la Cour note que le cas d'espèce crée un risque de fraude particulier pour deux raisons. D'une part, le lien de parrainage existant entre le prestataire de service et la Liga est évoqué comme emportant un risque que ce prestataire influence le résultat des compétitions<sup>1432</sup>. D'autre part, et c'est ce qui intéresse la présente chronique, ce risque particulier résulte du recours

<sup>1423</sup> Le gouvernement dispose d'un « pouvoir de tutelle effectif » sur Santa Casa, voy. en détails *Bwin, op. cit.*, § 65. Encore faudra-t-il que les contrôles étatiques auxquels l'organisme monopoleur est soumis, soient effectivement mis en œuvre dans la poursuite cohérente des objectifs visés par l'institution du monopole en question, voy. *Zeturf, op. cit.*, §§ 55-62, en particulier § 62.

<sup>1424</sup> *Bwin, op. cit.*, §§ 63-64.

<sup>1425</sup> Pour une hypothèse où la juridiction nationale peut légitimement considérer que les règles en place ne sont pas de nature à assurer l'objectif poursuivi, voy. *SOBO et al., op. cit.*

<sup>1426</sup> *Bwin, op. cit.*, § 69.

<sup>1427</sup> *Ibid.*, § 69. La version portugaise de l'arrêt, faisant foi, utilise les termes de « *Estado-Membro de estabelecimento* ».

<sup>1428</sup> *Ibid.*, § 68.

<sup>1429</sup> Cette règle, universellement acceptée, a notamment été prononcée dans la célèbre affaire du *Lotus*, C.P.J.I., affaire du *Lotus* du 7 septembre 1927, arrêt du 6 avril 1955, *Recueil des arrêts*, série A, n° 10.

<sup>1430</sup> C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 9 septembre 2010, *Procédure pénale contre Ernst Engelmann*, aff. C-64/08. Était en question la législation autrichienne exigeant des opérateurs économiques, afin d'obtenir une concession permettant l'organisation de jeux de hasard, qu'ils prennent la forme juridique d'une société anonyme établie sur le territoire national autrichien. Le gouvernement autrichien avait pour objectif le contrôle efficace des opérateurs économiques dans la lutte contre la criminalité et la fraude (*Engelmann, op. cit.*, § 36). La Cour considéra la mesure disproportionnée, sans même vérifier que l'objectif poursuivi relevait bien de la notion d'ordre public, dès lors que d'autres mesures pouvaient être mises en œuvre (*Engelmann, op. cit.*, §§ 37-40).

<sup>1431</sup> Voy. encore *Dickinger, op. cit.*, §§ 78-84.

<sup>1432</sup> *Ibid.*, § 71.

à Internet. Ainsi, le « manque de contact direct entre le consommateur et l'opérateur » implique que les jeux de hasards en ligne présentent des risques « de *nature différente* et d'une *importance accrue* par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux en ce qui concerne d'éventuelles fraudes commises par les opérateurs contre les consommateurs »<sup>1433</sup> (italique ajouté par nous).

La Cour a été spécifiquement interrogée sur la particularité d'Internet dans le cas ultérieur *Carmen Media*<sup>1434</sup>. L'interdiction allemande qui était en cause ne portait « pas sur la commercialisation d'un type particulier de jeux de hasard, mais bien sur un *canal d'offre* en matière de jeux de hasard, à savoir Internet »<sup>1435</sup> (italique ajouté par nous). La Cour admit que l'offre Internet soit distinguée de l'offre traditionnelle, en relevant que « la facilité toute particulière et la permanence de l'accès aux jeux proposés sur Internet ainsi que le volume et la fréquence potentiellement élevée d'une telle offre à caractère international, dans un environnement qui est en outre caractérisé par un isolement du joueur, un anonymat et une absence de contrôle social »<sup>1436</sup>, sont de nature à favoriser le développement de l'assuétude au jeu et des dépenses y liées.

Encore dans une autre affaire, le cas *Dickinger*, et toujours quant aux spécificités d'Internet, le gouvernement maltais avait quant à lui relevé que les jeux de hasard commercialisés via Internet pouvaient justement être contrôlés plus efficacement en raison de la traçabilité des transactions qu'ils impliquent<sup>1437</sup>.

**395. Confirmation de la jurisprudence *Bwin*.** *In fine* dans le cas *Bwin*, la Cour juge justifiée la restriction à la libre prestation des services causée par la réglementation portugaise. La jurisprudence *Bwin* a été appliquée ultérieurement, comme les références infrapaginales l'ont déjà implicitement indiqué. En se limitant aux considérations pertinentes en l'espèce, l'affaire *Sporting Exchange*<sup>1438</sup> peut être citée. Elle portait sur la réglementation néerlandaise selon laquelle un État peut réserver à un opérateur unique agréé un type de jeu de hasard, et en interdire la prestation par toute autre personne, le service de cette dernière fût-il *simplement accessible* via Internet. L'arrêt est intéressant dans la mesure où la Cour juge que les considérations développées dans l'affaire *Bwin* « sont fondées uniquement sur les *effets de la simple accessibilité* des jeux de hasard par internet et non sur les conséquences éventuellement divergentes de l'offre active [(e.g. via des publicités dans l'État concerné)] ou passive des prestations » de l'opérateur<sup>1439 1440</sup> (italique ajouté par nous). Ainsi l'intention d'atteindre un marché, notamment déterminante dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles et opposant Copiepresse à Google Inc.<sup>1441</sup>, ou encore dans

<sup>1433</sup> *Bwin*, *op. cit.*, § 70.

<sup>1434</sup> *Ibid.*, §§ 98-105.

<sup>1435</sup> *Carmen Media*, *op. cit.*, § 100.

<sup>1436</sup> *Ibid.*

<sup>1437</sup> *Dickinger*, *op. cit.*, § 92.

<sup>1438</sup> C.J.U.E. (2<sup>e</sup> ch.), 3 juin 2010, *Sporting Exchange contre Minister van Justitie*, aff. C-203/08.

<sup>1439</sup> *Sporting Exchange*, *op. cit.*, § 35.

<sup>1440</sup> Selon la législation néerlandaise, chaque jeu de hasard ne peut être organisé ou promu que par un seul prestataire agréé doté d'une autorisation administrative préalable. À cet égard, la Cour complète sa jurisprudence précédente, et juge qu'à moins que le prestataire exclusif (monopoleur) ne fasse l'objet d'un contrôle gouvernemental tel que celui dont Santa Casa était l'objet dans l'affaire *Bwin* (voy. *supra*, note de bas de page n° 1423, et le texte lié; *Sporting Exchange*, *op. cit.*, §§ 59-61), il importe d'octroyer l'agrément en question conformément au principe du droit européen dans la matière d'autorisation administrative préalable pour l'exercice d'une activité économique, voy. *Sporting Exchange*, *op. cit.*, §§ 38-62. Voy. encore *Carmen Media*, *op. cit.*, §§ 81-90.

<sup>1441</sup> Voy. *supra*, nos 380-383.

## CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

les cas *L'Oréal contre eBay*<sup>1442</sup> et *Pammer et Hotel Alpenhof*<sup>1443</sup> tranchés par la Cour de justice, dans le présent contexte légal et factuel, très différent de ceux des affaires justes évoquées, n'est pas pertinente. La simple accessibilité des sites justifie l'exercice par l'État de sa compétence.

**396. Filtrage des internautes.** À ce propos dans une autre affaire impliquant à nouveau la législation néerlandaise, le cas *Ladbroke's Betting*, il fut demandé à la Cour si une injonction d'un juge, adressée à un prestataire de service établi dans un autre État membre, de *filtrer les utilisateurs* pouvant accéder au site de jeux de hasard, devait ou pas être en tant que telle appréciée au regard de l'article 49 TCE. Une fois de plus, la question du filtrage de l'audience d'un site Web est évoquée<sup>1444</sup>. Dans le cas d'espèce, une cour d'appel néerlandaise avait confirmé une injonction selon laquelle *Ladbroke's* était tenue de bloquer l'accès à son site Internet aux personnes résidant aux Pays-Bas, et de supprimer la possibilité pour ses derniers de participer à des paris par téléphone. Les termes de la Cour sont édifiants à cet égard. Elle juge qu'une telle mesure d'exécution de la réglementation nationale « est un élément indispensable à la protection que [l']État membre entend assurer sur son territoire en matière de jeux de hasard et ne saurait donc être considérée comme une restriction supplémentaire par rapport » à celle résultant directement de la loi<sup>1445</sup>. Et la Cour de relever que cette « mesure d'exécution se borne à assurer l'effet utile de la réglementation »<sup>1446</sup>; à défaut d'un tel filtrage, la loi « n'aurait aucune efficacité, dès lors que des opérateurs économiques non autorisés par les autorités nationales seraient en mesure d'offrir des jeux de hasard sur le marché »<sup>1447</sup> national.

**397. Absence d'incidence de la possibilité de contourner un monopole public.** En lien avec ces considérations, il peut enfin être noté que la Cour considère, dans les affaires jointes *SOBO et al.*, qu'il n'est pas déterminant qu'un monopole public en matière de jeux puisse être contourné via des offres de service en ligne, quant à l'aptitude d'une mesure à assurer son objectif d'une manière cohérente et systématique<sup>1448</sup>.

## IX. CHRONIQUE LÉGISLATIVE ET RÉGLEMENTAIRE – DROIT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DES COMMUNICATIONS POUR LES ANNÉES 2010 ET 2011<sup>1449</sup>

Fanny COTON<sup>1450</sup>, Rosario DEBILIO<sup>1451</sup> et Jean-François HENROTTE<sup>1433</sup>

### A. Société de l'information

- Résolution législative 2010/C 15 E/43 du Parlement européen du 22 octobre 2008 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil instituant un programme communau-

<sup>1442</sup> *Voy. supra*, n°s 385-386.

<sup>1443</sup> *Voy. supra*, n°s 347-352.

<sup>1444</sup> *Voy. supra*, n°s 351 et 385.

<sup>1445</sup> *Ladbroke's Betting*, *op. cit.*, § 43.

<sup>1446</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>1447</sup> *Ibid.*

<sup>1448</sup> *SOBO et al.*, *op. cit.*, §§ 40 et 84-87, ainsi que les conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 4 mars 2010, §§ 77-79.

<sup>1449</sup> *Voy. précédente chronique, cette revue*, 2010/39, p. 5 et la nouvelle version du code J.-F. HENROTTE et Y. POULLET, *Droit des technologies de l'information et de la communication*, Les codes commentés Larcier, 2011.

<sup>1450</sup> Avocats – Philippe & Partners.

<sup>1451</sup> DTIC 2011-2012.