

Droit international privé et immatériel

Première partie. Les biens incorporels en droit international privé

I. Les sources des règles de droit international privé applicables en matière de propriété intellectuelle

Dans le système juridique tunisien, les règles applicables en matière de propriété intellectuelle ont essentiellement pour sources les conventions internationales et les lois nationales. En effet, pour les lois nationales, le texte général de base applicable, également à la propriété intellectuelle est la loi n°98/97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du Code de droit international privé tunisien. Ce code contient des règles spécifiques aux questions ayant trait à la propriété intellectuelle mais il contient également des règles générales de conflit de lois ayant trait aux contrats, aux biens, à la responsabilité civile délictuelle, lesquelles règles trouvent à s'appliquer en matière de contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, à l'action en contrefaçon des droits de propriété intellectuelle.

Par ailleurs, il n'y a pas dans le système juridique tunisien un Code de la propriété intellectuelle à l'instar de ce qui existe en France, mais bon nombre de lois éparses ont été adoptées et elles sont relatives à la protection de chacun des droits de propriété intellectuelle : loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, loi n° 2009-33 du 23 juin 2009 modifiant et complétant la loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, loi n° 2000-84 du 24 août 2000 relative aux brevets d'invention, loi n° 2001-21 du 6 février 2001 relative à la protection des dessins et modèles industriels, loi n° 2007-68 du 27 décembre 2007 relative aux appellations d'origine, aux indications géographiques et aux indications de provenance des produits artisanaux, loi n° 99-57 du 28 juin 1999 relative aux appellations d'origine contrôlée et aux indications de provenance des produits agricoles, loi n° 2001-36 du 17 avril 2001 relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services, loi n° 2007-50 du 23 juillet 2007 modifiant et complétant la loi n° 2001-36 du 17 avril 2001 relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services.

Ces différentes lois nationales relatives à la protection des différents droits de propriété intellectuelle contiennent quelques dispositions de droit international privé ayant trait essentiellement à la condition des étrangers.

Pour la Tunisie, les règles de droit international privé applicables en matière de propriété intellectuelle ont, également, pour sources les conventions internationales. Or, la Tunisie est partie à bon nombre de conventions internationales relatives à la protection de différents aspects de la propriété intellectuelle. La Tunisie est, ainsi, membre des principales conventions en la matière : la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, la Convention de Berne

pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 et l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994, ci-après et respectivement, Convention de Paris, Convention de Berne et ADPIC.

Ces conventions contiennent des règles de droit international privé, essentiellement, des règles ayant trait à la condition des étrangers.

II. Les règles se rapportant à la condition des étrangers

Dans le système juridique tunisien, il existe des règles qui se rapportent à la condition des étrangers en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. Ces règles ont pour source les conventions internationales conclues par la Tunisie en la matière ainsi que les différentes lois nationales qui se font la résonnance de ces instruments internationaux.

C'est, ainsi, que le principe du traitement national déploie des effets juridiques en Tunisie en application de la Convention de Paris, de la Convention de Berne et de l'ADPIC, la Tunisie étant Etat partie à ces trois instruments internationaux. Les lois tunisiennes relatives à la protection des différents aspects de la propriété intellectuelle ont pris en considération le principe du traitement national puisque les unionistes bénéficient en Tunisie de la même protection accordée aux ressortissants tunisiens. Les non unionistes qui ne sont ni domiciliés ni établis en Tunisie ne peuvent bénéficier de la protection instituée par les lois tunisiennes que sous réserve de réciprocité C'est, dans ce sens qu'est allée, par exemple, la loi tunisienne du 17 avril 2001 relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services¹, susmentionnée, et qui combine, lors de la réglementation de la condition des étrangers, entre les exigences du principe de l'assimilation des unionistes aux nationaux et le principe de réciprocité. La dite loi prévoit, ainsi, dans un article 17, que : « Sous réserve des dispositions des conventions internationales auxquelles la Tunisie est partie, l'étranger qui n'est ni établi ni domicilié sur le territoire tunisien bénéficie des dispositions de la présente loi à condition qu'il justifie avoir déposé la marque régulièrement ou obtenu son enregistrement dans le

¹ Le principe de la réciprocité résulte, également de la loi tunisienne du 24 août 2000 relative aux brevets d'invention et de la loi tunisienne du 6 février 2001 relative à la protection des dessins et modèles industriels. La première prévoit, dans un article 101 que : « Les étrangers dont le domicile ou l'établissement est situé hors de Tunisie jouissent du bénéfice de la présente loi, à condition que les tunisiens bénéficient de la même protection dans le pays dont les dits étrangers sont ressortissants. ». La seconde stipule, dans un article 5, que : « Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux dessins et modèles industriels dont les auteurs ou leurs ayants droit sont tunisiens ou domiciliés en Tunisie, ou ont effectivement en Tunisie des établissements industriels ou commerciaux sérieux, ou sont par leur nationalité, leur domicile ou leurs établissements industriels ou commerciaux, ressortissants d'un Etat qui, par sa législation intérieure ou en vertu des conventions internationales auxquelles il est partie, garantit pour les dessins et modèles industriels tunisiens les mêmes droits que ceux accordés à ses nationaux. ».

pays de son domicile ou de son établissement et que ce pays reconnaît le principe de la réciprocité en matière de protection des marques tunisiennes. ».

L'article 18 de la même loi dispose : « Le droit de priorité prévu aux conventions internationales auxquelles la Tunisie est partie est étendu à toute marque préalablement déposée dans un pays étranger. Sous réserve des dispositions des conventions internationales auxquelles la Tunisie est partie, le droit de priorité est subordonné à la nécessaire reconnaissance par le dit pays du même droit lors du dépôt des marques tunisiennes. »

Les étrangers unionistes ne sont pas soumis à la condition de la réciprocité, c'est le sens de la réserve des conventions internationales dans l'article 17 de la loi, ils ne sont soumis qu'à la condition procédurale de constituer un mandataire établi en Tunisie en application de l'article 7, alinéa 3, de la même loi et qui stipule que : « Le déposant domicilié à l'étranger doit constituer un mandataire établi en Tunisie. ».

III. La compétence internationale des tribunaux tunisiens en matière de propriété intellectuelle

La loi tunisienne n° 98/97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du Code de droit international privé règlemente la question de la compétence internationale des juridictions tunisiennes dans un Titre II intitulé : « La compétence des juridictions tunisiennes ».

Dans le cadre de ce Titre II, l'article 3 prévoit que : « Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation civile et commerciale entre toutes personnes quelque soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie ».

L'article 4 de la même loi dispose : « Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles ; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien. ».

L'article 5 du Code de droit international privé tunisien stipule que : « Les juridictions tunisiennes connaissent également :

- 1- Des actions relatives à la responsabilité civile délictuelle si le fait générateur de responsabilité ou le préjudice est survenu sur le territoire tunisien.
- 2- Si l'action est relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie, sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger.
- 3- Dans les litiges ayant pour objet un droit mobilier situé en Tunisie.

4- Dans les litiges portant sur la propriété intellectuelle, si sa protection est invoquée en Tunisie. ».

Il faudrait souligner de prime abord que, partant des chefs de compétence internationale des tribunaux tunisiens, on distingue entre, d'un côté, la compétence ordinaire des tribunaux tunisiens et la compétence exclusive de ces mêmes tribunaux, d'un autre côté².

Pour ce qui est de la compétence ordinaire des tribunaux tunisiens, le principe est que les juridictions tunisiennes sont compétentes en matière internationale lorsque l'action est intentée contre un défendeur qui a son domicile en Tunisie et ce quelle que soit sa nationalité et quel que soit l'objet du litige. La notion de domicile sert à déterminer la compétence internationale des juridictions tunisiennes y compris en matière de propriété intellectuelle. Pour délimiter cette notion, il faudrait recourir à l'article 7³ du Code de procédure civile et commerciale tunisien et à l'article 10⁴ du Code des sociétés commerciales tunisien.

Le domicile des personnes physiques a le sens de la résidence habituelle du défendeur si l'action a pour objet un litige d'ordre personnel. Si le litige est d'ordre professionnel, le domicile correspond au lieu où le défendeur exerce son activité professionnelle ou commerciale. Le domicile des sociétés est fixé au lieu de leur siège social effectif.

Si le défendeur n'est pas domicilié en Tunisie, la compétence internationale des tribunaux tunisiens pourrait être fondée sur la volonté des parties comme elle pourrait être une compétence objective en ce sens que les juridictions tunisiennes seraient compétentes parce que le litige présente des liens avec l'ordre judiciaire tunisien. L'article 5/4, susmentionné, du Code de droit international privé rentre dans ce dernier cas puisque les juridictions tunisiennes connaissent, en application de cet article, des litiges portant sur la propriété intellectuelle si sa protection est invoquée en Tunisie.

² L'article 8 du Code de droit international privé tunisien prévoit, en effet, que : « Les juridictions tunisiennes ont l'exclusivité de compétence : 1- Si l'action a pour objet l'attribution, l'acquisition, la perte, le retrait ou la déchéance de la nationalité tunisienne ; 2- Si elle est relative à un immeuble situé en Tunisie ; 3- Si elle est relative à une procédure collective ouverte en Tunisie telle que le redressement des entreprises ou la faillite ; 4- Si elle a pour objet la demande d'une mesure conservatoire ou d'exécution sur le territoire tunisien et portant sur des biens qui y sont situés ; 5- Dans tous les cas où la compétence leur est attribuée en vertu d'un texte spécial. »

³ L'article 7 du Code de procédure civile et commerciale tunisien prévoit que : « Le domicile réel d'une personne physique est le lieu où elle réside habituellement. Le lieu où une personne physique exerce sa profession ou son commerce constitue le domicile réel en ce qui concerne les transactions relatives à cette activité. Le domicile élu est le lieu indiqué par la convention ou par la loi pour l'exécution d'une obligation ou pour l'accomplissement d'un acte judiciaire. ».

⁴ L'article 10 du Code des sociétés commerciales tunisien stipule, dans son second alinéa, que : « Le siège social est le lieu du principal établissement dans lequel se trouve l'administration effective de la société. ».

Pour bien comprendre l'article 5/4 en question du Code de droit international privé, il faudrait partir de l'idée que la protection dont on parle est une réaction à une atteinte à un droit et que la protection n'est pas liée à la localisation de l'objet de la propriété sur le territoire tunisien. A partir de là, on doit distinguer entre deux hypothèses.

Une première hypothèse dans laquelle la protection est invoquée en Tunisie parce que l'atteinte a eu lieu et est ressentie en Tunisie et que l'objet de la propriété est localisée en Tunisie soit parce que l'enregistrement, pour les droits de propriété industrielle, a eu lieu en Tunisie, soit que la première publication, pour ce qui est de la propriété littéraire et artistique a eu lieu en Tunisie. Dans cette première hypothèse, l'on pourrait supposer que si la protection est invoquée en Tunisie c'est que le brevet y a été enregistré ou que la Tunisie, pour ce qui est de la propriété littéraire et artistique constitue le pays de la création.

Une seconde hypothèse dans laquelle la protection est invoquée en Tunisie sans que l'objet de la propriété soit localisé en Tunisie. De fait, l'atteinte peut se réaliser dans un autre pays que celui de l'enregistrement ou de la première publication. Dans cette seconde hypothèse, le juge tunisien pourrait très bien se déclarer compétent.

Lorsque l'article 5/4 du Code de droit international privé parle d'une protection invoquée en Tunisie, la protection est invoquée en Tunisie contre une atteinte au droit intellectuel ayant lieu en Tunisie sans que nécessairement l'objet de la propriété à protéger soit localisé en Tunisie. La protection invoquée en Tunisie n'est donc pas liée à la localisation de l'objet de la propriété sur le territoire tunisien.

Enfin et au-delà de la formulation de l'article 5/4 du Code de droit international privé, l'atteinte au droit de propriété intellectuelle pourrait être fondée sur un contrat comme elle pourrait être fondée sur le fait d'un tiers.

Il faudrait revenir aux règles relatives au contrat lorsque l'atteinte se fonde sur la violation des engagements contractuels portant cession ou concession des droits de propriété intellectuelle. Au cas où l'atteinte est fondée sur le fait d'un tiers, ce qui fonde la compétence du juge tunisien, au fond, c'est le délit civil commis en Tunisie.

L'hypothèse de l'article 5/4 du Code de droit international privé tunisien est réductible à l'hypothèse de l'article 5/1 du même Code et qui prévoit, comme on l'a précédemment, souligné que : « Les juridictions tunisiennes connaissent également : Des actions relatives à la responsabilité civile délictuelle si le fait générateur de responsabilité ou le préjudice est survenu sur le territoire tunisien. ». La contrefaçon est qualifiée en droit tunisien de délit civil. Chaque fois donc que

l'atteinte au droit de propriété intellectuelle, le fait générateur de responsabilité, est survenue en Tunisie ou que le dommage est ressenti en Tunisie, se vérifie la compétence internationale des tribunaux tunisiens pour voir de l'action en contrefaçon.

Mais, il ne faudrait pas perdre de vue que ceci correspond à un paramètre objectif de la compétence internationale ordinaire des tribunaux tunisiens au cas où le défendeur à l'action en contrefaçon ne serait pas domicilié en Tunisie. Au cas où le défendeur à l'action en contrefaçon serait domicilié en Tunisie, on revient au principe de la compétence internationale ordinaire des tribunaux tunisiens en application de l'article 3 du Code de droit international privé tunisien et qui prévoit, rappelons-le, que : « Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation civile et commerciale entre toutes personnes quelque soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie ».

Pour ce qui est du contentieux des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, à savoir essentiellement les contrats de cessions et de licences, il faudrait déterminer la compétence internationale des tribunaux tunisiens par une lecture combinée des articles 3, 5/2 et 4 du Code de droit international privé tunisien. En effet, en application de l'article 3, susmentionné du Code, il y aurait un principe de compétence internationale des tribunaux tunisiens chaque fois que le défendeur dans l'action, y compris dans les actions relatives à un contrat de cession ou de licence d'un droit de propriété intellectuelle, est domicilié en Tunisie.

En application, par ailleurs, de l'article 4 du Code de droit international privé tunisien, la compétence internationale des tribunaux tunisiens pourrait être fondée, au cas où le défendeur à l'action ne serait pas domicilié en Tunisie, sur la volonté des parties. En effet, rappelons que l'article 4 en question stipule que : « Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles ; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien. ».

Dans le contentieux des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, la compétence internationale du juge tunisien pourrait reposer sur une clause attributive de compétence et les parties peuvent d'un commun accord attribuer la compétence aux tribunaux tunisiens.

En outre, l'objet du litige aurait des liens objectifs avec l'ordre judiciaire tunisien et justifierait de ce fait, la compétence internationale des tribunaux tunisiens, si, en application de l'article 5/2, susmentionné, du Code de droit international privé, l'action est relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie sauf

clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger. En application de cette disposition générale, si le contrat d'exploitation des droits de propriété intellectuelle est exécuté ou devant être exécuté en Tunisie, le juge tunisien sera compétent pour voir des actions qui y sont relatives. Le lieu de conclusion du contrat ne traduit pas, donc, un lien déterminant avec l'ordre judiciaire tunisien, c'est le lieu d'exécution du contrat qui est significatif et qui est pris en considération.

IV. Le droit applicable

1. Le droit applicable aux contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle

En droit international privé tunisien, la question de la détermination du droit applicable aux contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle est traitée dans l'article 69 du Code de droit international privé tunisien. L'article 69 en question, prévoit que : « A défaut par les parties de désigner un droit différent, les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat du lieu de résidence habituelle de celui qui a transféré ou concédé le droit de propriété intellectuelle. Les contrats passés entre un employeur et un travailleur, et relatifs aux droits de propriété intellectuelle, que le travailleur a réalisés dans le cadre de l'accomplissement de son travail, sont régis par le droit applicable au contrat de travail. ».

Il y a lieu de noter que cet article s'articule autour de trois idées. Dans un premier temps, le législateur tunisien détermine la loi applicable aux contrats d'exploitation conformément au principe de la loi d'autonomie. Dans un deuxième temps, il fixe la loi applicable aux contrats d'exploitation en l'absence d'un choix d'une loi applicable exprimé par les parties au contrat. Dans un troisième temps, le législateur tunisien prévoit une solution particulière pour les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle mais avec cette circonstance particulière qu'ils sont conclus un employeur et un travailleur : il s'agit, donc, d'une hypothèse dans laquelle les paramètres de la protection de la propriété intellectuelle se mêlent aux contingences de la relation de travail.

En application, donc, de l'article 69 du Code de droit international privé tunisien, le principe est que la loi applicable aux contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle est celle choisie par les parties au contrat. Il s'agit du principe de la loi d'autonomie largement connu de tous les systèmes juridiques étatiques et qui apparaît comme la traduction en matière de détermination de la loi applicable du principe du consensualisme et de la liberté contractuelle. Les parties sont libres de

déterminer d'un commun accord le droit applicable au contrat au moment de la conclusion du contrat ou ultérieurement lors de son exécution. Les parties sont également libres de changer ultérieurement le choix de la loi applicable désignée lors de la conclusion du contrat et désigner d'un commun accord une autre loi pour régir leur rapport contractuel.

Il faudrait souligner que la disposition particulière de l'article 69 du Code est la résonnance de la disposition générale de l'article 62 du même Code de droit international privé tunisien et qui prévoit que : « Le contrat est régi par le droit désigné par les parties. A défaut par celles-ci de désigner la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat du domicile de la partie dont l'obligation est déterminante pour la qualification du contrat, ou celle du lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. ».

Si les parties au contrat d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle gardent le silence sur la loi applicable à leur contrat et à défaut, donc, de désignation par les parties de loi applicable au contrat, l'article 69 du Code préconise l'application de la loi de l'Etat du lieu de résidence habituelle de celui qui a transféré ou concédé le droit de propriété intellectuelle. Il s'agit d'une règle de conflit subsidiaire qui va suppléer à la loi d'autonomie.

Si on fait la parallèle entre l'article 62 et l'article 69 du Code de droit international privé tunisien et qu'on calque les dispositions de l'un sur l'autre, on devra souligner que l'obligation de celui qui a transféré ou concédé le droit de propriété intellectuelle est supposée être l'obligation déterminante pour la qualification du contrat ou autrement dit la prestation la plus caractéristique.

Le législateur tunisien parle, dans l'article 69, de la loi de l'Etat du lieu de résidence habituelle de celui qui a transféré ou concédé le droit de propriété intellectuelle, mais au cas où le titulaire du droit de propriété intellectuelle est une personne morale, c'est la loi de l'Etat du lieu de l'établissement de celui qui a transféré ou concédé le droit de propriété intellectuelle, qui devrait, dans ce cas, s'appliquer.

Les contrats portant sur les droits de propriété intellectuelle conclus entre un employeur et un travailleur sont soumis à un régime d'exception. En effet, l'article 69, alinéa 2 leur a étendu les règles de conflit applicables aux contrats de travail. Or le droit applicable au contrat de travail résulte de l'article 67 du Code de droit international privé tunisien, lequel stipule que : « Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Si

le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail a des liens plus étroits avec un autre Etat, auquel cas la loi de celui-ci est applicable. ».

Il faudrait souligner que la loi applicable au contrat concerne tout autant le fond que la forme du contrat. La question de la délimitation du domaine de la loi applicable au contrat a été règlementée, dans des termes généraux, dans le cadre et de l'article 64 du Code de droit international privé et de l'article 68 du même Code. L'article 64 prévoit que : « Le droit applicable au contrat régit notamment : son existence, sa validité, son interprétation, l'exécution des obligations qui en découlent, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations, y compris l'évaluation du dommage et les modes de réparation, les divers modes d'extinction des obligations ainsi que leur prescription fondée sur l'expiration des délais, les conséquences de la nullité du contrat.

Les modalités d'exécution, et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut d'exécution sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont effectivement prises. ».

L'article 68 stipule, quant à lui, que : « Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions déterminées par la loi applicable au contrat ou par celle du lieu de sa conclusion. La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents, est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats. ».

A la lecture combinée de ces deux articles, on constate, en effet, que la loi applicable au contrat est appelée à régir aussi bien le fond que la forme du contrat. Il y a derrière le souci du législateur tunisien de favoriser la validité formelle du contrat. En effet, la validité du contrat quant à la forme est régie soit par la loi qui régit le contrat au fond soit par la loi du lieu de conclusion du contrat. Les parties au contrat disposent, ainsi, d'une importante marge de manœuvre dans la le choix d'une loi qui valide leur contrat quant à la forme. Le deuxième alinéa de l'article 68 du Code a trait aux contrats conclus entre absents. Le contrat entre absents est valable du moment qu'il satisfait aux conditions exigées par l'un des droits des Etats dans lesquels les parties au contrat se trouvent.

Il faudrait préciser, par ailleurs, qu'hormis la liste des questions de fond du contrat gouvernées par loi applicable au contrat, d'autres lois pourraient interférer. A titre d'exemple, si on prévoit dans l'article 64 que le droit applicable au contrat régit sa validité. La validité d'un contrat pourrait être remise en question en raison de

l'incapacité de l'une des parties au contrat. Or, dans cette hypothèse, ce n'est pas la loi applicable au contrat qui va s'appliquer mais la loi nationale de la partie intéressée.

2. Le droit applicable à l'action en contrefaçon

La contrefaçon est un délit civil qui engage la responsabilité civile délictuelle de son auteur. Partant de cette qualification, on se rabattra sur les dispositions générales du Code de droit international privé tunisien, à savoir les articles 70 et 71 du Code qui déterminent la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle⁵. L'article 70 du Code prévoit que : « La responsabilité extracontractuelle est soumise à la loi de l'Etat sur le territoire duquel s'est produit le fait dommageable. Toutefois, si le dommage s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable à la demande de la victime. Lorsque l'auteur du fait dommageable et la victime ont leur résidence habituelle dans le même Etat, la loi de cet Etat est applicable. ». L'article 71 du même Code stipule que : « Les parties peuvent, après survenance du fait dommageable, convenir de l'application de la loi du for, tant que l'affaire est pendante en première instance. ».

Il y a lieu de souligner que l'article 70 a une vocation générale en ce sens qu'il va s'appliquer chaque fois que le législateur n'a pas prévu de règle spéciale.

L'article 70 retient le principe de la loi du délit c'est-à-dire de la loi de l'Etat du lieu du fait dommageable. Ce même article 70 est, toutefois, animé par le souci de favoriser la victime du dommage puisqu'il permet à cette dernière d'opter pour l'application de la loi de l'Etat dans lequel le dommage est ressenti. La victime pourra, donc, si elle estime que la loi de l'Etat du dommage lui est plus favorable écarter la loi du délit. Ceci est vrai si la victime n'est pas domiciliée dans le même pays que l'auteur du dommage.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la victime et l'auteur du dommage ont leur résidence habituelle dans le même pays, c'est la loi de ce pays qui devrait s'appliquer.

3. Le droit applicable à la titularité et à la validité des droits de propriété intellectuelle

⁵ Il y a lieu de préciser qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, le Code de droit international privé tunisien prévoit une règle générale, celle qui résulte des articles 70 et 71 du Code, une règle particulière relative à la responsabilité du fait des produits résultant de l'article 72 du Code et une autre règle particulière relative aux accidents de la circulation routière et découlant de l'article 73 du même Code.

Sur cette question, il faudrait relever que la matière est gouvernée par le principe de la territorialité de la protection même si les biens protégés sont appelés à circuler par la suite et qu'il faudrait distinguer entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle.

Pour ce qui est de la propriété littéraire et artistique, la loi tunisienne du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique telle que modifiée et complétée par la loi du 23 juin 2009, susmentionnée, procède d'une manière unilatérale à la détermination du domaine d'application de la loi tunisienne et retient, pour ce faire, plusieurs critères. C'est, ainsi, que la dite loi prévoit, dans son article 56, que : « Les dispositions de la présente loi relatives aux droits d'auteur s'appliquent : a)- aux œuvres dont l'auteur ou tout autre titulaire originaire du droit d'auteur est tunisien, ou a sa résidence habituelle ou son siège social en Tunisie ; b)- aux œuvres audiovisuelles dont le producteur est tunisien, ou a sa résidence habituelle ou son siège social en Tunisie ; c)- aux œuvres publiées pour la première fois en Tunisie ou celles publiées en Tunisie dans les trente jours suivants leur première publication dans un autre pays ; d)- aux œuvres d'architecture érigées en Tunisie ou aux œuvres des beaux-arts faisant corps avec un immeuble situé en Tunisie.

Les dispositions de la présente loi relatives aux droits d'auteur s'appliquent aux œuvres qui ont droit à la protection en vertu d'une convention internationale ratifiée par l'Etat tunisien. ».

L'acquisition du droit d'auteur doit s'apprécier, donc, en application de la loi tunisienne si l'œuvre est publiée pour la première fois en Tunisie, mais aussi si l'auteur est de nationalité tunisienne ou a son domicile en Tunisie.

Concernant les droits voisins, l'article 57 de la même loi procède, de même et de manière unilatérale à la détermination du domaine d'application de la loi tunisienne en retenant aussi plusieurs critères. Il y est prévu que : « Les dispositions de la présente loi relatives aux droits voisins s'appliquent :

a)- aux interprétations et exécutions lorsque : -l'artiste interprète ou exécutant est tunisien ; -l'interprétation ou l'exécution a lieu sur le territoire tunisien ; - l'interprétation ou l'exécution est fixée sur un enregistrement audio ou audiovisuel protégé aux termes de la présente loi ou lorsqu'elle n'a pas été fixée, elle a été incorporée dans une émission de radio ou télévision protégée aux termes de la présente loi.

b)- aux enregistrements audio ou audiovisuels lorsque : -le producteur est tunisien ; -la première fixation du son ou de l'image et du son, a été réalisée en Tunisie ; - l'enregistrement audio ou audiovisuel a été publié pour la première fois en Tunisie.

c)- aux émissions de radio ou télévision lorsque : -le siège social de l'organisme de radio et télévision est situé en Tunisie ; -l'émission de radio ou télévision est diffusée à partir d'une station située en Tunisie.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent également aux interprétations ou exécutions, aux enregistrements audio ou audiovisuels et aux émissions de radio ou télévision, protégés en vertu d'une convention internationale ratifiée par l'Etat tunisien. ».

Pour la propriété industrielle, l'acte d'enregistrement d'une marque ou d'un droit de dessin ou modèle industriel ainsi que l'acte de délivrance d'un brevet d'invention constituent des actes qui instituent, certes les droits de propriété sur la marque, le dessin ou l'invention en ce sens qu'il n'y aurait pas de propriété sans acte de dépôt suivi de l'enregistrement et que chaque propriété est limitée au territoire pour lequel la protection est demandée. Cet état de droit s'explique, au fond par le fait que l'acte d'enregistrement ou de délivrance se fait par une administration nationale d'un Etat et qu'il constitue, donc, un acte de souveraineté, chose qui fait que l'existence, la validité des droits de propriété industrielle s'apprécient conformément à la loi de l'Etat qui a délivré le titre de propriété, c'est-à-dire la loi de l'Etat auprès de qui la propriété et donc la protection sont demandées.

Seconde partie. Internet et le droit international privé

I. Compétence internationale des tribunaux tunisiens

Le Code tunisien de droit international privé en règlementant aussi bien la question de la compétence internationale des tribunaux tunisiens que celle de la loi applicable à la responsabilité délictuelle quelques soient ses potentielles applications, n'a pas réservé au cyberspace un régime particulier en ces sens qu'il n'a pas distingué entre les délits pour ainsi dire classiques et les « cyberdélits ». Les règles de droit international privé prévues au départ en prévision de l'espace réel, dira-t-on, devraient pouvoir s'étendre au cyberspace en comptant avec la nécessaire élasticité des concepts sans avoir nécessairement à remettre en question les définitions. C'est une démarche analogue à celle qui a permis à la notion de bien de couvrir la réalité de l'immatériel sans avoir à remettre en question la notion même de bien bien que cette notion ait été prévue au départ pour couvrir la réalité du matériel.

De la même manière, le droit international privé appréhendant, par définition même, un conflit entre juges ou lois dans l'espace, la dimension réelle ou virtuelle de l'espace exigerait seulement une adaptation des concepts pour pouvoir absorber les implications de l'ubiquité inhérente au cyberspace.

Partant, il serait loisible de transposer les développements relatifs à la compétence internationale des tribunaux tunisiens en matière de responsabilité délictuelle aux cyberdélicts. On rappellera que le principe est que les juridictions tunisiennes sont compétentes en matière internationale lorsque l'action est intentée contre un défendeur qui a son domicile en Tunisie et ce quelle que soit sa nationalité et quel que soit l'objet du litige. Si le défendeur n'est pas domicilié en Tunisie, la compétence internationale des tribunaux tunisiens pourrait être fondée sur la volonté des parties comme elle pourrait être une compétence objective dans le cas où le litige présente des liens avec l'ordre judiciaire tunisien. Pour les actions relatives à la responsabilité civile délictuelle, le lien avec l'ordre juridique tunisien suppose, en application de l'article 5/1 du Code tunisien de droit international privé, susmentionné, que le fait générateur de responsabilité ou le préjudice ait survenu sur le territoire tunisien.

Lorsque l'atteinte au droit de propriété intellectuelle, le fait générateur de responsabilité, est survenue en Tunisie, se vérifie la compétence internationale des tribunaux tunisiens. En matière de cyberdélicts et pour ce qui est, spécifiquement, d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, on pourrait considérer que l'atteinte, le fait générateur de la responsabilité, se localise au lieu où l'œuvre a été pour la première fois contrefaite et où elle a été pour la première fois introduite sur les réseaux c'est-à-dire dans le pays où le serveur qui héberge le site web diffusant le contenu litigieux, serait localisé. Les tribunaux tunisiens seraient compétents du moment que le serveur qui héberge le site web en question serait localisé en Tunisie.

Partant de ce même paramètre de compétence internationale des tribunaux tunisiens, qu'est le fait générateur et qui, pour la cybercontrefaçon comme pour la contrefaçon tout court, il s'identifierait à l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, on pourrait considérer que la simple accessibilité du site internet diffusant le contenu litigieux en Tunisie constitue un critère de compétence internationale des tribunaux tunisiens. En effet, l'atteinte au droit se matérialise aussi au lieu, ou plus précisément en tous lieux, où l'œuvre contrefaite circule c'est-à-dire où elle peut être consultée par le public. Le juge tunisien saisi du litige pourra très bien localiser sur le territoire tunisien l'atteinte portée au droit d'auteur, par exemple, puisque l'œuvre contrefaite pourra être consultée en Tunisie.

Mais, il ne faudrait pas perdre de vue que tous ces développements sont valables lorsque le défendeur à l'action en contrefaçon n'est pas domicilié en Tunisie. Au cas où le défendeur à l'action en contrefaçon serait domicilié en Tunisie, on revient au principe de la compétence internationale ordinaire des tribunaux tunisiens en application de l'article 3 du Code de droit international privé tunisien et qui prévoit,

rappelons-le, que : « Les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation civile et commerciale entre toutes personnes quelque soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie ».

Pour ce qui est du contentieux des contrats du commerce électronique et des contrats de consommation en ligne, il faudrait souligner que la Code tunisien de droit international privé n'a pas réservé de règles particulières aux contrats conclus via internet et qui retiendraient des critères spécifiques sur lesquels se fonderaient la compétence internationale des tribunaux tunisiens en matière de litiges ayant trait aux contrats de commerce électronique.

De plus, l'esprit des lois tunisiennes qui traitent de la dimension électronique va dans le sens d'une assimilation entre la signature électronique et la signature écrite, entre le support électronique et le support papier et entre le contrat électronique et le contrat écrit. En effet, la loi tunisienne du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques prévoit, dans son article 1 alinéa 3, que : « Le régime des contrats écrits s'applique aux contrats électroniques quant à l'expression de la volonté, à leur effet légal, à leur validité et à leur exécution dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente loi. ».

L'article 453 *bis* alinéa 1 du Code des obligations et des contrats, introduit par la loi tunisienne du 13 juillet 2000 portant réforme du Code des obligations et des contrats légalisant la reconnaissance du document et de la signature électronique, prévoit que : «Le document électronique est l'écrit composé d'un ensemble de lettres et chiffres ou autres signes numériques y compris celui qui est échangé par les moyens de communication à condition qu'il soit d'un contenu intelligible, et archivé sur un support électronique qui garantit sa lecture et sa consultation en cas de besoin ».

A la lecture de cet article 453 *bis* alinéa 1 du Code tunisien des obligations et des contrats, on constate bien qu'il y a plus qu'une assimilation entre le document électronique et l'écrit : le document électronique n'est pas assimilé à l'écrit, le document électronique est l'écrit. Il y aurait, donc, deux variantes de l'écrit : le support électronique et le support papier. Et il y aurait deux variantes des contrats en général selon l'espace dans lequel ils sont conclus : les contrats qui se constatent sur support papier et les contrats qui se constatent sur support électronique et des dires mêmes du législateur tunisien dans l'article 1, alinéa 3, de la loi 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques, susmentionnée, le régime des contrats écrits s'applique aux contrats électroniques, y compris en matière de détermination du juge compétent et de la loi applicable.

Pour le contentieux des contrats électroniques, la détermination de la compétence internationale des tribunaux tunisiens repose, partant, sur la même lecture combinée des articles 3, 5/2 et 4 du Code tunisien de droit international privé tunisien, précédemment exposée.

En effet, en application de l'article 3, susmentionné du Code, il y aurait un principe de compétence internationale des tribunaux tunisiens chaque fois que le défendeur dans l'action, y compris dans les litiges relatifs à un contrat qu'il soit d'ailleurs écrit ou électronique, est domicilié en Tunisie.

En application, par ailleurs, de l'article 4 du Code de droit international privé tunisien, la compétence internationale des tribunaux tunisiens pourrait être fondée, au cas où le défendeur à l'action ne serait pas domicilié en Tunisie, sur la volonté des parties. En effet, rappelons que l'article 4 en question stipule que : « Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles ; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien. ».

Dans un litige ayant trait à un contrat électronique, la compétence internationale du juge tunisien pourrait reposer sur une clause attributive de compétence et les parties peuvent d'un commun accord attribuer la compétence aux tribunaux tunisiens.

En outre, si, en application de l'article 5/2, susmentionné, du Code tunisien de droit international privé, l'action est relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Tunisie sauf clause attributive de compétence en faveur d'un for étranger, les tribunaux tunisiens sont compétents. En application de cette disposition générale, si le contrat électronique est exécuté ou devant être exécuté en Tunisie, le juge tunisien sera compétent pour voir des actions qui y sont relatives.

II. Le droit applicable

Pour ce qui est de la détermination de la loi applicable aux cyberdélits, il faudrait partir de la même approche développée pour la compétence internationale des tribunaux tunisiens en matière de cyberdélits. Il faudrait, partant, transposer les critères de détermination de la loi applicable aux délits « classiques » au processus de détermination de la loi applicable aux cyberdélits.

Or, pour les délits « classiques », il y a lieu de rappeler que l'article 70 du Code de droit international privé tunisien et qui détermine la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle, prévoit que : « La responsabilité extracontractuelle est soumise à la loi de l'Etat sur le territoire duquel s'est produit le fait dommageable. Toutefois, si le dommage s'est produit dans un autre Etat, le

droit de cet Etat est applicable à la demande de la victime. Lorsque l'auteur du fait dommageable et la victime ont leur résidence habituelle dans le même Etat, la loi de cet Etat est applicable. ». Et l'article 71 du même Code stipule que : « Les parties peuvent, après survenance du fait dommageable, convenir de l'application de la loi du for, tant que l'affaire est pendante en première instance. ».

L'article 70 a, comme on l'a souligné plus haut, une vocation générale en ce sens qu'il va s'appliquer chaque fois que le législateur n'a pas prévu de règle spéciale. ET le législateur tunisien n'a pas prévu une règle spéciale pour la détermination de la loi applicable aux cyberdélits.

L'article 70 retient le principe de la loi du délit c'est-à-dire de la loi de l'Etat du lieu du fait dommageable. Or, le fait dommageable se localise, comme on l'a vu plus haut pour ce qui est de l'exemple de l'atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle, au lieu où l'œuvre a été pour la première fois contrefaite et où elle a été pour la première fois introduite sur les réseaux c'est-à-dire dans le pays où le serveur qui héberge le site web diffusant le contenu litigieux, serait localisé.

Le lieu du fait dommageable générateur de responsabilité serait localisé en Tunisie, par exemple, si le site web diffusant le contenu litigieux est accessible en Tunisie. En effet, l'atteinte au droit se matérialise aussi au lieu, ou plus précisément en tous lieux, où l'œuvre contrefaite circule c'est-à-dire où elle peut être consultée par le public. En application donc de la disposition générale que constitue l'article 70 du Code de droit international privé tunisien, le critère de rattachement fondé sur la simple accessibilité du site est opérant du moment qu'on retient, en droit tunisien, le critère du lieu du fait générateur et que l'une des options de localisation de ce fait générateur sur le net est le lieu où l'œuvre contrefaite peut être consultée par le public, manifestation de sa circulation sur le net.

Le même article 70 permet à la victime, par ailleurs, d'opter pour l'application de la loi de l'Etat dans lequel le dommage est ressenti. La victime pourra, donc, si elle estime que la loi de l'Etat du dommage lui est plus favorable écarter la loi du délit. Ceci est vrai si la victime n'est pas domiciliée dans le même pays que l'auteur du dommage.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la victime et l'auteur du dommage ont leur résidence habituelle dans le même pays, c'est la loi de ce pays qui devrait s'appliquer.

La détermination de la loi applicable aux contrats de commerce électronique obéit aux mêmes paramètres de détermination de la loi applicable aux contrats écrits en général étant donné l'extension, par le législateur tunisien, du régime juridique des

contrats écrits aux contrats électroniques en application de l'article 1, alinéa 3, susmentionné, de la loi tunisienne du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques, d'un côté, et étant donné que le législateur tunisien n'a pas réservé de règle particulière aux contrats électroniques dans le Code de droit international privé, d'un autre côté.

La disposition générale qui détermine la loi applicable aux contrats est contenue dans l'article 62 du Code de droit international privé tunisien et qui prévoit, rappelons-le, que : « Le contrat est régi par le droit désigné par les parties. A défaut par celles-ci de désigner la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'Etat du domicile de la partie dont l'obligation est déterminante pour la qualification du contrat, ou celle du lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. ».

L'article 62 consacre, donc, la loi d'autonomie avec cette précision que la loi applicable au contrat concerne tout autant le fond que la forme du contrat. Le domaine de la loi applicable au contrat a été délimité dans le cadre des articles 64 et 68, cités plus haut, du Code de droit international privé tunisien. L'article 64 prévoit que : « Le droit applicable au contrat régit notamment : son existence, sa validité, son interprétation, l'exécution des obligations qui en découlent, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations, y compris l'évaluation du dommage et les modes de réparation, les divers modes d'extinction des obligations ainsi que leur prescription fondée sur l'expiration des délais, les conséquences de la nullité du contrat.

Les modalités d'exécution, et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut d'exécution sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont effectivement prises. ».

L'article 68 stipule, quant à lui, que : « Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions déterminées par la loi applicable au contrat ou par celle du lieu de sa conclusion. La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents, est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats. ».

A la lumière de ces deux articles, la loi applicable au contrat est appelée à régir aussi bien le fond que la forme du contrat. Les parties au contrat disposent, ainsi, d'une importante marge de manœuvre dans le choix d'une loi qui valide leur contrat quant à la forme puisque la validité du contrat quant à la forme est régie soit par la loi qui régit le contrat au fond soit par la loi du lieu de conclusion du contrat. Avec cette précision que pour les contrats de commerce électronique, l'article 28 de

la loi tunisienne relative aux échanges et au commerce électroniques, citée plus haut, dispose : « Sauf accord contraire entre les parties, le contrat est conclu à l'adresse du vendeur et à la date de l'acceptation de la commande par ce dernier par un document signé et adressé au consommateur ». Le lieu de conclusion du contrat électronique est fixé à l'adresse du vendeur, c'est-à-dire au lieu du domicile du vendeur avec la variation qu'il ne faudrait pas perdre de vue selon qu'on parle du domicile des personnes physiques ou du « domicile » des personnes morales.