

# ASSOCIATION HENRI CAPITANT RAPPORT NATIONAL ROUMAIN

Version provisoire

**THEME : Objets immatériels : les biens incorporels en droit international privé**

*Rapporteur : Alina OPREA,  
Chargé de cours, Université Babes-Bolyai, Cluj-Napoca, Roumanie*

## **Q 1. Sources des règles de droit international privé**

Les besoins de protection de la propriété intellectuelle en plan international ont conduit à l'adoption de nombreuses conventions et accords, ratifiés par la Roumanie, dont certains ont des incidences dans le domaine du DIP : la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883), l'Accord ADPIC (1994).

Avec l'adhésion de la Roumanie à l'UE, le droit européen aussi représente une source importante des normes en la matière. Celui-ci inclut, d'un part, un ensemble de règlements avec un rôle non négligeable dans la régulation internationale des droits intellectuels/industriels : il s'agit tant des règlements qui consacrent de façon uniforme des DPI supranationaux (tel le règlement 207/2009 en matière de marque communautaire), que des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II, qui instituent des normes uniformes de compétence juridictionnelle ou de conflit de lois et qui prévalent ou qui remplacent les règles nationales des Etats membres ayant le même objet. D'autre part, certaines directives d'harmonisation, transposées dans les législations Etats membres, ne sont elles non plus neutres du point de vue du droit international privé.

Parmi les sources des règles en la matière figurent aussi celles d'origine nationale : le nouveau Code civil (2011) - qui contient un 7<sup>ème</sup> Livre dédié au droit international privé et dont certains articles intéressent directement la propriété intellectuelle - et le NCPC (2013) qui contient des règles de procédure civile internationale d'application subsidiaire à celles du règlement Bruxelles I.

## **Q.2. Règles se rapportant à la condition des étrangers**

Une réponse affirmative à la Q2 peut se justifier sur la base des règles contenues dans les conventions internationales auxquelles la Roumanie est membre. Celles-ci imposent l'adoption des standards minimaux de protection en plan substantiel et consacrent le principe du traitement égal/de non-discrimination entre les créateurs étrangers et ceux autochtones en ce qui concerne la protection des DPI - (5.1. Berne, 2.1 Paris). Le principe du traitement national figure par ailleurs dans l'accord TRIPS/ADPIC de 1994 (art. 3).

Les implications de ceux-ci dans la sphère du DIP ne sont pas très claires, le débat - vif en droit comparé - ayant préoccupé moins la doctrine roumaine tant de DPI que de DIP; selon l'opinion majoritaire, la volonté consciente de créer des règles de DIP manquait aux rédacteurs de ces textes (qui ne devraient pas être interprétés comme incluant des règles de conflits proprement dites). Par ailleurs, dans son arrêt *Tod* (C-28/04, §32), la Cour de justice de l'UE a apprécié, par exemple, que l'art. 5.1 C. Berne n'institue pas une règle de conflit. Ces textes sont toutefois de nature à censurer les éventuelles règles de DIP des Etats membres des conventions/de l'OMC (lorsque l'utilisation de la « nationalité » comme rattachement conduit à des résultats discriminatoires). Ainsi, il est accepté que le législateur et les juges auront indiscutablement une marge limitée d'action en ce qui concerne les règles de conflit applicables en cas d'atteintes aux droits protégés.

Le principe de la non-discrimination est imposé aussi par le droit de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Tod* (C-28/04), la CJUE a rappelé que « *le droit d'auteur et les droits voisins... sont nécessairement soumis au principe général de non-discrimination* » et que „*les règles d'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux prohibent non seulement les discriminations ostensibles **fondées sur la nationalité**, mais encore toutes **formes dissimulées de discrimination** qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat*” (§ 18 et 19).

Aussi, selon la Cour, dans l'Union européenne „l'exécution des obligations (parmi lesquelles figure celle de non discrimination directe ou indirecte en raison de la nationalité. Notre ajout) que le traité ou le droit dérivé imposent aux États membres ne saurait être soumise à une condition de réciprocité” ; dans les rapports entre les États membres, cela aboutira donc à une censure de l'art. 147 de la loi roumaine 8/1996 sur les droits d'auteurs, qui prévoit la règle du traitement national, sous condition de réciprocité.

### **Q3. Juridiction compétente en matière de contrefaçon / des contrats d'exploitation**

Les règles de compétence juridictionnelle internationale figurent aujourd'hui dans le règlement Bruxelles I, applicable aussi dans les litiges concernant les droits de propriété intellectuelle ; lorsque les conditions d'applicabilité du règlement ne sont pas remplies, les autorités roumaines vont prendre en compte, (très) subsidiairement, les dispositions du NCPC (domicile du défendeur, lieu du délit en Roumanie).

**Règle générale.** Le principe figure à l'art. 2 qui institue la compétence générale des instances de l'État membre du domicile du défendeur. Celles-ci vont connaître des litiges concernant les contrats relatifs à des DPI, les violations des DPI, l'existence et la validité des droits non enregistrés. Par ailleurs en cas de délit, elles pourront se prononcer sur l'intégralité de la réparation (quel que soit le pays du préjudice).

Complémentaire, l'art. 5 institue des règles spéciales visant, entre autres, la compétence en matière délictuelle ou contractuelle.

**Compétence en matière délictuelle.** L'art. 5.3, dont l'application est conditionnée par la domiciliation du défendeur sur le territoire d'un État membre, attribue la compétence en matière délictuelle – donc aussi en cas de violations des DPI par contrefaçon -, aux instances de l'État du lieu de l'acte illicite. Promouvant une interprétation autonome de la norme, la CJUE a offert plusieurs indications utiles à son application.

Dans l'arrêt *MPA* (C - 21/76), il a été précisé que le lieu du délit désigne à la fois le lieu de l'acte et le lieu du préjudice, entre lesquels le demandeur peut choisir. Le dommage auquel on doit se rapporter est le *dommage initial* (C364/93, *Marinari*), subi par les *victimes directes* (et non indirectes, ou par ricochet) (C-220/88, *Dumez*). La circonstance que la créance (relevant de la matière «délictuelle ou quasi délictuelle») a été cédée par le créancier initial à un autre n'a pas d'incidence sur la détermination de la juridiction compétente en vertu de l'art. 5.3 (C-147/12, *OFAB*) et le cessionnaire pourra attirer en justice le débiteur cédé (le « responsable») devant les mêmes instances que le cédant.

Dans l'arrêt *F. Shevill* (C-68/93), la Cour a détaillé encore ce régime : les instances du lieu de l'acte (localisé dans le pays de l'établissement de l'éditeur) sont compétentes pour la réparation intégrale du préjudice ; les instances du lieu du préjudice (lieu du pays de diffusion) sont compétentes à se prononcer sur la réparation du préjudice localement subi.

En cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par le titulaire du droit contre le potentiel auteur de l'atteinte. Cette juridiction est compétente pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elle relève (C-170/12, *Pinckney*).

A la question de savoir si l'art. 5§3 peut être utilisé en cas d'action négative/déclaratoire (assez fréquentes en cas d'atteintes aux DPI), la CJUE a apporté une réponse positive dans son arrêt *Folien* (C-133/11).

**Compétence en matière contractuelle.** L'art. 5§1 consacre un for spécial pour les litiges en matière contractuelle.

L'art. 5.1.b) identifie directement, pour les contrats de vente de marchandise et de prestation de services, le juge compétent ; s'il est clair que les contrats portant sur des DPI ne sont pas de contrats relatifs à des marchandises, en revanche, il a été discuté s'ils peuvent ou non être qualifiés comme contrats de « prestation de services ». Dans l'affaire *Falco* (C-533/07), la CJUE a offert une réponse négative pour ce qui est des contrats de licence. Toutefois, la pratique se caractérise par une hétérogénéité et variété importante des contrats portant sur les DPI, de sorte que l'importance de cet arrêt semble limitée ; parfois, la qualification de contrat de prestation de service ne pouvant pas être refusée – par exemple en cas de contrat de concession ou de cession de DPI (lorsque le concédant ou le cessionnaire assume obligations d'exploitation importantes) ; leur exécution peut être localisée sur le territoire de l'État pour lequel est concédé/cédé le droit, avec la compétence corrélatrice des instances de cet État pour les litiges relatifs à ces contrats. Lorsque l'art. 5.1.b) n'est pas applicable, sont compétentes les instances du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse.

**Compétences dérivées.** En cas de pluralité des défendeurs, une règle dérogatoire à celle de l'art. 2 est prévue à l'art. 6.1, mais celle-ci jouit d'une interprétation restrictive. Dans un arrêt *Roche Netherlands* (C-

539/03), la CJUE a décidé que dans le cadre des litiges concernant des violations (presque identiques) des brevets découlant d'un brevet européen, réalisées dans des pays différents par des entités appartenant au même groupe, le lien de connexité requis pour l'application du texte est absent. Selon la Cour, ces brevets sont indépendants et le risque de prononciation des jugements divergents n'existe pas, ainsi que des actions séparées doivent être introduites contre chacun des défendeurs devant les instances de chacun des Etats membres sur les territoires desquels ils sont domiciliés ou où a eu lieu la violation des droits en cause.

**Les conventions attributives de juridiction**, régies par l'art. 23, sont fréquentes dans les litiges concernant les DPI. Le règlement impose un principe de validité, sans qu'il soit relevant si les DPI en litige sont européens ou non ou que leur violation a eu ou non dans un Etat membre.

Leur efficacité est assurée, pourvu qu'elles concernent des litiges relatifs à un rapport de droit déterminé ; si les contrats sont sans doute visés, plus délicate est la question de savoir si les conventions attributives de juridiction peuvent intervenir aussi dans les actions en responsabilité extracontractuelle ; à notre avis, en cas de volonté claire des parties (déduite de la formulation de la clause), la réponse devrait être affirmative.

Le règlement s'applique pour tout litige en matière civile et commerciale, les limitations de l'efficacité des clauses attributives concernent seulement les contrats impliquant des parties faibles (v. en particulier l'art. 21, litiges en matière de contrats de travail) et les compétences exclusives (v. l'art. 22, litiges concernant l'enregistrement ou la validité d'un DPI enregistré).

Le règlement institue par ailleurs une série de **compétences exclusives** - telle celle de l'art. 22.4 pour les droits enregistrés, en faveur des instances de l'Etat membre d'enregistrement, indépendamment de la domiciliation ou non des parties sur le territoire d'un Etat membre. Des problèmes peuvent surgir du fait que dans les litiges concernant les violations de DPI les défendeurs invoquent très souvent la nullité des droits en cause. A la question de savoir si le tribunal compétent à juger un litige en matière contractuelle ou extracontractuelle pourrait se prononcer, à titre incident, sur la validité du brevet, la CJUE a apporté une réponse négative dans l'arrêt *GAT vs. LuK* (C-4/03) : préférant une interprétation large du texte légal, elle a précisé que la règle de compétence exclusive qu'il édicte concerne tous les litiges portant sur l'inscription ou la validité d'un brevet, que la question soit soulevée par voie d'action ou par voie d'exception.

**Connexité. Litispendance.** Le règlement prévoit également des dispositions particulières pour les cas de connexité (art. 28) ou de litispendance (art. 27), inspirées par des considérations pratiques. Certaines précisions de la CJUE relatives à la mise en oeuvre de ces textes intéressent particulièrement les litiges concernant des DPI : dans l'arrêt *Gasser* (C-116/02), elle a favorisé une l'application stricte de l'art. 27, pour accorder une priorité à l'instance premièrement saisie, même si celle-ci est connue pour la lenteur dans la solution des litiges ou même si elle n'aurait pas été compétente ; aussi, depuis l'arrêt *Turner* (C-159/02), les injonctions anti-suit ne peuvent pas être utilisées dans le système du règlement 44/2001, même si le litige a été commencé de mauvaise foi dans un autre Etat membre.

## **Q5. Loi applicable aux différents droits de propriété intellectuelle**

Les règles de conflit en la matière – distinguant entre les droits d'auteur et les droits de propriété industrielle - se retrouvent dans le nouveau Code civil de 2011.

**Lex originis.** Selon l'art. 2624 NCC, la naissance, le contenu et l'extinction des droits d'auteur sur une œuvre de création intellectuelle sont soumis à la loi de l'Etat où cette loi a été pour la première fois portée à la connaissance du public par publication, représentation, exposition, diffusion ou de toute autre manière adéquate. Les œuvres de création intellectuelle non divulguées sont soumises à la loi nationale de leur auteur. Le législateur suit une conception unitaire et universaliste du droit d'auteur. La règle est suffisamment large pour viser non seulement les prérogatives patrimoniales, mais aussi celles personnelles du droit d'auteur ; en même temps, la référence aux « œuvres de création intellectuelle » permet d'exclure du champ d'application de la *lex originis* le problème du droit à l'image, à la voix (droits de la personnalité).

Dans l'identification de la *lex originis*, une distinction est faite selon que l'œuvre a été publiée ou non ; dans le premier cas, les juges tiendront compte du critère de la première diffusion au public et dans le second du critère de la nationalité de l'auteur ; il n'y a pas de règle particulière pour le cas des œuvres non publiées ayant des auteurs de nationalités différentes.

Pour ce qui est de la « publication », une conception large est retenue, le texte mentionnant expressément la représentation, l'exposition, la diffusion, la transmission au public par tout moyen adéquat. Si la référence à

la « première » publication apportera un plus de certitude assez souvent bien venu, la règle semble en même temps incomplète car elle n'offre pas une solution pour les cas dans lesquels l'œuvre est publiée simultanément en deux pays (ou par internet...); éventuellement, la prise en compte de l'art. 5.4 de la Convention de Berne pourrait conduire à la compétence de celle des lois en cause ayant le lien le plus proche avec la situation.

La compétence de la *lex originis* a comme avantage le fait de promouvoir une solution globalement uniforme pour ce qui est de la titularité (initiale) du droit; la compétence de la *lex originis* conduit à reconnaître la même personne comme le titulaire de l'œuvre et facilite ainsi les opérations transfrontières et l'exploitation globale de l'œuvre.

Le texte présente aussi des inconvénients, passés sous silence par le législateur. D'un part, l'application de la *lex originis* à la question de la titularité initiale du droit facilite les manipulations de la part des professionnels, qui pourraient facilement choisir le lieu de la première publication et indirectement la loi la plus favorable à leurs intérêts (loi consacrant par exemple la règle *work made for hire*, défavorable aux auteurs salariés). D'autre part, la désignation de la *lex originis* est compatible avec la Convention de Berne seulement en ce qui concerne la « création » du droit, mais non en ce qui concerne le contenu ou l'extinction du droit. Cette convention impose la règle du traitement national et, malgré ce maintien de la *lex originis* dans l'art. 2624 NCC, une limitation de l'intervention de celle-ci est souhaitable (lorsqu'elle conduit à des discriminations), afin de ne pas méconnaître les engagements internationaux. Par ailleurs, pour ce qui est des relations entre les Etats membres de l'UE, l'influence de la jurisprudence européenne ne doit pas être négligée: par exemple, dans l'arrêt *Tod*, la Cour de justice a précisé que le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité prévu par le Traité « s'oppose à ce que la recevabilité d'un auteur à réclamer dans un Etat membre la protection du droit d'auteur accordée par la législation de cet Etat soit subordonnée à un critère de distinction fondé sur le pays d'origine de l'œuvre ». Cela revient à une condamnation indirecte de la règle ou à une censure importante de l'application de celle-ci dans les relations intra-européennes. Par ailleurs, pour les œuvres provenant des pays tiers, l'art. 7.1 de la directive 93/98 est de nature à imposer encore une limitation de l'application de la *lex originis* pour ce qui est de la durée de la protection.

***Lex loci protectionis.*** En matière de droits de propriété industrielle, le NCC a opté pour une solution différente. L'article 2625 NCC dispose: « *La naissance, le contenu et l'extinction du droit de propriété industrielle sont soumises à la loi de l'Etat sur le territoire duquel a été effectué le dépôt ou l'enregistrement ou a été déposée la demande d'enregistrement* ».

Le DPI sera qualifié selon les critères du droit du for; on y inclut les brevets, les marques et les dessins enregistrés, les droits sur les variétés végétales; la référence générique aux DPI semble suffisamment large pour inclure/couvrir d'éventuels nouveaux droits futurs, créés avec l'évolution de la technologie.

La *lex loci protectionis*, identifiée selon le critère de l'enregistrement ou du dépôt de la demande d'enregistrement, va intervenir indépendamment de la *lex contractus* – qui gouvernera un éventuel contrat d'exploitation du DPI – ou de la loi de l'Etat sur le territoire duquel le DPI est, a été ou risque d'être violé. Dans la mesure où cette loi est relativement facile à être identifiée, la solution présente l'avantage d'assurer la certitude juridique, nécessaire en la matière.

La disposition sera applicable pour les problèmes généraux qui concernent le DPI comme tel. Le législateur énumère expressément la question de la création/ de la naissance du DPI, ce qui inclut aussi celle de sa validité ou des conditions requises pour sa création valable (originalité, applicabilité industrielle, enregistrement, autres formalités de publicité); la même loi va dicter aussi les conditions qui doivent être remplies pour qu'une certaine personne puisse enregistrer le DPI. Corrélativement, *lex loci protectionis* sera appliquée aussi pour les aspects relatifs à l'extinction du DPI: durée de vie, conditions pour le maintien du droit, conséquences en cas de non respect de ces conditions.

Egalement, le contenu du DPI sera aussi déterminé en fonction de la *lex loci protectionis*: les prérogatives conférées au titulaire, le pouvoir de celui-ci d'exploiter le droit, de le transférer ou de le grever avec des sûretés. Cette solution est conforme au principe traditionnellement reconnu en la matière, le principe de territorialité, rattaché à la substance de droit public de ces droits, représentant une exclusivité légale conférée par l'Etat, pour une durée et avec une étendue en principe limitée, et reflétant les conceptions particulières de cet Etat sur la création, sur l'innovation, sur la concurrence sur le marché.

Une question pour laquelle semble exister une lacune dans le NCC est celle de la loi applicable aux droits de propriété industrielle qui n'ont pas été enregistrés ou qui ne sont pas soumis à l'enregistrement. Tenant compte du fait que, par exemple, la protection d'une marque non enregistrée pour un certain territoire suppose l'accomplissement de certaines conditions édictées par l'Etat en cause (ex. – la reconnaissance

comme telle par le public de cet Etat) et d'autre part, qu'elle est conférée à la personne qui a utilisée cette marque sur le territoire en cause, l'extension de la règle de conflit à ces hypothèses pourrait être envisagée. V. par ailleurs, pour les marques notoires, l'art. 6bis C. Paris, qui dicte l'application de la loi du pays de protection.

### **Détermination du titulaire initial du droit**

Même si dans les litiges dans lesquels la protection d'un DPI est sollicitée, le demandeur devra prouver qu'il est le titulaire du droit en cause, dans le NCC il n'y a pas une règle particulière qui précise quelle loi va être appliquée à cet effet. Une interprétation large de la notion de « création/naissance » du droit permet l'utilisation de deux textes déjà mentionnés – art. 2624, 2625 NCC – même en cette hypothèse: ainsi, pour déterminer le titulaire initial d'un droit d'auteur sera appliquée la *lex originis* (une loi unique) et d'un droit de propriété industrielle – la *lex loci protectionis* (potentiellement, plusieurs lois, si le droit est protégé dans plusieurs pays).

La question de savoir si l'article 8 Rome II s'applique pour déterminer le titulaire initial du droit a été peu discutée dans la doctrine roumaine. En partant de l'article 15.f. Rome II, qui dispose que la *lex delicti* sera appliquée pour déterminer les personnes qui peuvent recevoir réparation, une réponse affirmative pourrait être soutenue. Toutefois, le règlement est destiné à régler seulement les problèmes de responsabilité extracontractuelle ; or, le problème du titulaire initial du droit – un problème de propriété, un problème du droit des biens - peut apparaître comme une question préalable, qui devrait être résolue indépendamment de toute possible violation. Ainsi, il peut être considéré que l'entrée en vigueur du règlement n'affecte pas les solutions déjà mentionnées.

Egalement peu discutée est la question de savoir quelle est la loi compétente pour la titularité initiale du droit, lorsque celui-ci a été créé en exécution d'un contrat de travail. Lorsque en cause est le droit moral d'auteur, les solutions de principe mentionnées plus haut ne sont pas modifiées. Pour ce qui est du droit patrimonial d'auteur, l'intervention de la *lex contractus* (loi applicable au contrat de travail, déterminée selon l'art. 8 Rome I) ne peut pas être évitée. Par ailleurs, dans la Convention européenne sur les brevets (art. 60.1.2), il est précisé que, lorsque l'invention a été obtenue en exécution d'un contrat de travail, le droit au brevet européen est défini selon le droit de l'Etat dans lequel le travail est (habituellement) réalisé et à défaut, par le droit de l'Etat où se trouve l'établissement (de l'employeur) auquel se rattache le travailleur. Dans l'opinion majoritaire, ce texte est compris comme faisant référence aux règles de DIP de l'Etat désigné : la loi applicable au contrat de travail (selon la loi de cet Etat) va préciser la personne qui a le droit de solliciter l'enregistrement du brevet (DPI).

### **Influence du principe de territorialité**

Suite au principe de territorialité des DPI, un droit unique (une invention unique) ne sera pas protégé comme tel universellement, mais comme un ensemble des droits indépendants territorialement, chacun ayant une configuration possible distincte à la lumière de la législation de l'Etat de protection, législation inspirée de considérations économiques, sociales, culturelles propres à cet Etat.

Pour ce qui est de la protection accordée en cas d'atteinte aux DPI, l'art. 8.1 Rome II institue la compétence de la *lex loci protectionis* (loi du pays pour le territoire duquel est sollicitée la protection), qui est une implémentation du principe de territorialité (retrouvé, par exemple, à l'art. 5.2 de la C. Berne). Par ailleurs, l'autonomie de la volonté est exclue ; de même il ne sera pas tenu compte d'une éventuelle résidence de l'auteur ou de la victime sur le territoire d'un même Etat.

Le champ d'application de l'art. 8 doit toutefois être délimité, car ce texte n'est pas destiné à s'appliquer à tout problème concernant un DPI. En cas de DPI enregistrés, la *lex loci protectionis* va intervenir pour déterminer leur existence et les éventuelles violations ; on retrouve une coïncidence utile entre la loi qui gouverne les deux questions : la loi du pays qui confère le droit sera appliquée tant pour la question de la validité de l'octroi du droit (cf. 2625 NCC) que pour les questions de protection en cas d'atteinte (fondement de la responsabilité, étendue de la responsabilité, les personnes responsables, les personnes ayant droit à la réparation – art. 15 R. Rome II). En cas de violation du droit sur le territoire de plusieurs pays, chacune des lois en cause sera sollicitée (application distributive). Pour les droits d'auteur (qui existent sans la formalité de l'enregistrement), la *lex loci protectionis* interviendra pour les questions de l'atteinte /réparation, tandis que les problèmes de l'existence du droit et de la titularité du droit seront régis par une autre loi – *lex originis*.

L'article 8.2 Rome II contient aussi une règle de conflit spécifique pour les violations des DPI supranationaux constitués selon un règlement européen, particularisant le principe de la *lex loci protectionis* : celle-ci dicte l'applicabilité prioritaire du règlement européen impliqué (si le problème en discussion fait y

l'objet d'une réglementation autonome et uniforme) et, l'intervention (subsidaire) de la loi du pays où s'est réalisée la violation du DPI (si l'instrument européen présente des lacunes sur divers aspects de droit matériel en matière de responsabilité – par exemple pour ce qui est du mode de calcul des dommages et intérêts, la prescription, la charge de la preuve).

#### **Q6. Conflit de lois en matière de contrats d'exploitation**

Les contrats portant sur les DPI sont des instruments juridiques de valorisation des effets des œuvres de création intellectuelle ou industrielle. Pour les contrats conclus après le 17.12.2009, la loi applicable est déterminée en Roumanie selon les dispositions du règlement Rome I, qui contient des règles de conflit universelles, applicables même si la loi désignée n'est pas celle d'un Etat membre. Cet instrument ne comporte pas des règles spéciales pour les contrats qui ont comme objet des DPI, mais il leur en est toutefois applicable.

Le *principe de l'autonomie de la volonté*, formulé à l'art. 3, ne soulève pas des problèmes particulières dans son application aux contrats concernant les DPI ; le choix peut être exprès ou tacite, les parties peuvent choisir n'importe quelle loi (même sans aucun lien avec le contrat), la loi choisie pourra régir l'intégralité ou seulement une partie du contrat (mais en ce dernier cas, la volonté de dépeçage doit être certaine). La loi choisie pourra être censurée si des conditions prévues aux articles 3.3, 3.4, 6.2, 8.1, 9 ou 21 du règlement sont remplies.

*Les critères objectifs*. La mise en œuvre des critères objectifs prévus à l'art. 4 nécessite plusieurs distinctions, parfois source de difficultés.

D'abord, l'art. 4.1 contient une série de règles, d'application prioritaire, concernant des contrats particuliers qui peuvent impliquer des DPI (sans qu'ils en portent directement et principalement). Tel est par exemple le cas des contrats de franchise ou de distribution, qui seront régis par la loi du siège du francisé/du distributeur (art. 4.1 lit. e), f). Tel est aussi le cas des contrats de prestation de services, régis par la loi du siège du prestataire (art. 4.1. lit. b) ; l'applicabilité de ce dernier texte pour les contrats relatifs à des DPI n'est pas toujours de l'ordre de l'évidence, la qualification étant assez délicate. Dans l'arrêt *Falco*, rendu en interprétation de l'art. 5.1.b) du règlement 44/2001, la CJUE a considéré que le contrat de licence de DPI n'est pas un contrat de prestation de services ; des impératifs de continuité des solutions et d'interprétation cohérente militeraient pour la reprise de la solution pour le règlement Rome I. Toutefois, pour les autres contrats impliquant des DPI (par ex. un contrat de recherche technologique), la solution – influencée certes par le contenu de ce contrat - peut être différente.

En cas de lacune ou cumul des critères prévus à l'art. 4.1, l'art. 4.2 prévoit une règle balai - dictant l'application de la loi de la résidence habituelle du prestataire caractéristique. Celle-ci va être appliquée aussi pour les contrats dont l'objet principal est le DPI (catégorie très peu homogène) et la difficulté primordiale devient alors celle de l'identification du prestataire caractéristique.

Pour ce qui est des *contrats de licence* (de marque, de brevet), la prestation caractéristique est représentée par le transfert de la licence, l'élément qui permet l'exploitation de la licence (et non par la contreprestation - le paiement d'une somme d'argent), ainsi que la loi du pays du celui qui transfère le droit (et qui a investi dans la création et la promotion, qui doit fournir parfois de l'assistance supplémentaire pour l'exploitation de celui-ci) pourrait être appliquée. L'éventuelle utilisation de la clause d'exception pour revenir à la loi du pays de celui qui achète la licence (pays dans lequel va être utilisé le plus probablement le DPI) semble discutable ; celle-ci doit recevoir une interprétation exceptionnelle, afin de pas ruiner la règle de principe par une discréditation systématique de la loi du celui qui transfère le droit.

La situation est plus délicate pour les *contrats complexes*, comme par exemple les contrats d'exploitation d'un DPI incluant une clause de cession de ce droit. Si la cession est un élément, une condition nécessaire qui facilite ou qui permet l'exploitation, le cessionnaire assume une obligation d'exploitation du DPI et les risques de l'opération ; l'exploitation devient au moins tout aussi importante que le transfert du droit et de ce fait l'utilisation de l'article 4.2 n'est pas très facile. Dans l'attente d'un éventuel arrêt de la CJUE clarifiant la question, l'appel à l'article 4.4 (**principe de proximité**) semblerait justifié. La situation se présente dans des termes similaires pour les *joint-ventures*, qui impliquent parfois des licences réciproques d'exploitation de la technologie, ou pour les *contrats d'édition*, pour lesquelles les obligations assumées par la maison d'édition et l'auteur semblent également importantes.

En cas de *contrats de consommation* portant sur des DPI (achat/téléchargement d'œuvres protégées, licence pour des programmes..) les règles particulières figurant à l'art. 6 vont recevoir application, dans des conditions qui seront détaillés infra.

Lorsque des DPI sont créés dans l'exécution d'un *contrat de travail*, les règles prévues à l'art. 8 vont recevoir application. En particulier, la loi désignée par ce texte précisera quels sont les droits et les obligations mutuelles des parties.

**Domaine de la loi désignée.** Dans les contrats liés aux DPI, les aspects de nature contractuelle se mélangent avec ceux de nature réelle/propriétaire, d'où l'importance de la qualification de la question en discussion et de la délimitation du champ d'application des lois en présence.

Généralement, il est accepté que la *lex contractus* gouverne l'interprétation, la validité, l'exécution, les modalités d'extinction des obligations, la prescription, les conséquences de l'inexécution, le montant des dommages et intérêts accordés en cas d'inexécution (art. 12). En revanche, la *lex originis/lex loci protectionis* gouvernera la question du titulaire initial du droit, la définition de l'œuvre protégée, la durée du droit, la transférabilité de celui-ci (la cessibilité du droit ou d'une partie de celui-ci est une réelle, qui n'entre pas dans le domaine de la *lex contractus*), les effets envers des tiers des transferts successifs du droit, certaines conditions d'opposabilité de la cession du droit (enregistrement dans un registre spécial).

### **Q7. Règles de DIP applicables aux autres biens incorporels**

Il n'y a pas une règle spéciale pour les créances – toutefois, il est accepté que celles-ci sont soumises à la loi de leur source (acte juridique ou fait juridique), pour la détermination de leur contenu et le régime de leur exécution.

Pour les titres de valeur, l'art. 2622 NCC consacre certaines dispositions spéciales, en prévoyant que :

« 1. *L'émission d'actions ou obligations, nominatives ou au porteur, est soumise à la loi applicable au statut organique de la personne juridique émettrice.*

2. *Les conditions et les effets de la transmission d'un titre de valeur parmi ceux mentionnés à l'alinéa 1 sont soumis :*

a) *à la loi applicable au statut organique de la personne juridique émettrice, pour le titre nominatif*

b) *à la loi du lieu de paiement du titre à ordre*

c) *à la loi du lieu où se trouve le titre au porteur au moment de la transmission, dans les rapports entre les possesseurs successifs, ainsi qu'entre ceux-ci et les tiers ».*

## **II. – Communications immatérielles : internet et le droit international privé**

L'environnement électronique créé des problèmes en raison de la dématérialisation des échanges et de l'accessibilité instantanée de l'information partout dans le monde, de la multiplication continue des activités transfrontalières avec les risques inhérentes, des difficultés d'identification précise tant de l'identité ou de la localisation des participants, que de la localisation des comportements, des biens ou des prestations.

### **Q8. Tribunaux compétents pour connaître des principaux délits susceptibles de survenir en ligne**

Les règles de compétence internationale en matière délictuelle figurent dans le règlement 44/2001 qui offre à la victime la possibilité de saisir à son choix une juridiction de l'Etat du domicile du défendeur (art. 2) ou de l'Etat « où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » (art. 5-3). Les principales directions d'interprétation signalées *supra* (Q.3) trouveront application aussi dans le contexte des communications électroniques ; quelques distinctions supplémentaires concernant la localisation de l'événement causal et du préjudice sont à prendre en compte.

Dans l'arrêt *eDate Advertising GmbH* (C-509/09 et C-161/10), la Cour adapte la jurisprudence F. Shevill, précisant qu' en cas *d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité* au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet, la victime a la faculté de saisir d'une action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé, soit les juridictions de l'État membre du *lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus*, soit les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts. Cette personne peut également, en lieu et place d'une action en responsabilité au titre de l'intégralité du dommage causé, *introduire son action devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis*

*en ligne est accessible ou l'a été.* Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie ; la Cour semble apprécier que le dommage est constitué/localisé partout où le message diffamatoire est accessible (sans qu'il soit nécessaire qu'au stade de l'appréciation de sa compétence le juge vérifie si la personne en cause avait une *réputation* quelconque dans le pays et que cette réputation ait été *réellement atteinte* par une *consultation significative* des messages en question).

La solution de l'extension de la compétence des juridictions de l'Etat membre du centre des intérêts de la victime pour connaître de l'intégralité du dommage subi ne vaut ni pour les violations du droit d'auteur, ni pour celle des droits des marques.

Dans l'affaire *Pinckney* (C-170/12), concernant une *atteinte au droit patrimonial d'auteur* garanti par l'État membre de la juridiction saisie, la CJUE a précisé que cette dernière est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur de l'œuvre à l'encontre d'une société à laquelle il était reproché la reproduction illicite et la vente des copies par l'intermédiaire d'un site Internet accessible dans le ressort de la juridiction saisie. L'accessibilité du site sur le territoire de l'Etat où peut être revendiquée la protection du droit d'auteur est suffisante pour y *matérialiser le dommage* et attirer la compétence des juridictions de cet Etat ; il n'est pas nécessaire une focalisation/une orientation des activités du site vers ce pays. Il faut toutefois que le droit auquel il a été porté atteinte soit protégé dans le pays dans lequel le site est disponible.

En cas de reproche de *violation du droit des marques*, il est accepté que la simple accessibilité du site sur lequel figure la marque n'est pas suffisante pour fonder la compétence du tribunal ; il faut en plus que ce site soit destiné /orienté vers l'Etat sur le territoire duquel la marque est protégée (*L'Oréal c. eBay Int.*, C-324/09). Par ailleurs, vu la nature territoriale des droits en cause, la Cour considère que le lieu de la matérialisation du dommage est le lieu de l'enregistrement de la marque (*Wintersteiger*, C-523/10) ; les juridictions de cet l'État sont habilitées à se prononcer sur l'intégralité du dommage prétendument causé au titulaire du droit protégé et, d'autre part, d'une demande visant à faire cesser toute atteinte audit droit. Dans le même arrêt, la CJUE a apporté aussi des précisions pour ce qui est de la *localisation de l'événement causal* (consistant dans le comportement de l'annonceur qui avait choisi un mot clé identique à une marque protégée, et pas dans l'affichage sur la page Internet). En raison de l'aléa qui entoure la localisation du serveur Internet et des exigences de la bonne administration de la justice (prévisibilité des solutions, administration des preuves, organisation facile du procès), la Cour considère que le lieu de déclenchement du processus d'affichage et donc le lieu de l'événement causal doit être le lieu de l'établissement de l'annonceur.

Dans sa jurisprudence, la Cour ne s'est pas prononcée sur la solution à retenir lorsque le lieu du dommage initial est aléatoire (comme dans le cas du dommage causé par un virus sur l'ordinateur d'une personne en vacance à l'étranger en cas de piratage d'informations stratégiques trouvées sur l'ordinateur portable d'un dirigeant social parti pour affaires à l'étranger).

## **Q 9. Tribunaux compétents pour connaître du contentieux des contrats du commerce électronique**

Le règlement Bruxelles I contient deux catégories de règles de compétence juridictionnelle : une, d'application générale (et représentée par les articles 2, 5, 6, 23, 24), et une autre concernant spécialement les litiges impliquant des parties faibles (parmi lesquelles – les consommateurs).

S'agissant de la mise en œuvre de la règle de principe prévue à l'art. 2 une des difficultés y relatives concerne *l'identification et la localisation précise du défendeur*. Au niveau de l'Union, la directive 2000/31 dispose qu'il est interdit de pratiquer le commerce électronique en forme anonyme et impose aux prestataires de services de la société d'information de fournir des renseignements nécessaires à leur identification (raison sociale, adresse géographique). Par ailleurs, la directive exclut les critères purement formels et techniques d'identification du prestataire ; aussi, le lieu de situation de l'ordinateur ou du serveur sur lequel sont stockées les informations, l'adresse électronique, le suffixe du site ne sont pas pertinentes pour ce qui est de la définition de l'établissement.

La règle de compétence prévue complémentaiement en matière contractuelle suppose quelques distinctions. Pour les contrats de *vente de marchandise*, *forum contractus* est localisé, selon l'art. 5.1b), sur le territoire de l'Etat (membre) de livraison des marchandises. Si la règle peut s'appliquer dans le cas du commerce électronique indirect (marchandises commandées par internet et livrées physiquement), elle devient

inopérante lorsque le lieu de livraison est le réseau (comme en cas d'envoi d'un soft ou d'une chanson) - en ce cas il n'y a pas proprement dit des « marchandises » et un lieu d'exécution, il n'existe pas une localisation physique de la prestation, sur laquelle le destinataire puisse exercer un contrôle effectif.

Pour les *contrats de prestation de services* (notion jouissant d'une interprétation assez large, couvrant sans doute les services fournis par voie électronique - publicité, marketing, consultations juridiques, architecture ...), sont compétentes les instances du pays de prestation de services. La localisation territoriale de celle-ci n'est pas non plus évidente dans le contexte internet. Pour les cas dans lesquels l'art. 5.1.b) est inapplicable, l'art. 5.1 a) impose la compétence des instances du *lieu d'exécution de l'obligation litigieuse*, identifié selon la *lex contractus*. Si ce lieu n'est pas non plus identifiable, le *forum contractus* spécial n'est pas disponible, le demandeur pouvant se servir seulement de l'article 2.

L'efficacité des *clauses attributives de juridiction* est largement admise, dans les conditions assez souples prévues à l'art. 23 ; par ailleurs, ce dernier texte admet expressément leur validité formelle lorsque les parties ont fait appel à des transmissions électroniques permettant leur conservation durable (considérées équivalentes à la forme écrite).

**Contrats de consommation.** Pour ce qui est des contrats de consommation, le règlement consacre quelques règles spéciales, inspirées par la volonté de protection de la partie faible : le consommateur demandeur pourra agir contre le professionnel devant les instances du siège de ce dernier ou de son propre domicile et pourra être attiré en justice seulement devant les instances de son domicile ; l'efficacité des clauses attributives de juridiction est encadrée.

Le jeu de ces règles protectrices est soumis à plusieurs conditions – le consommateur (défini, de façon autonome, comme celui qui achète auprès d'un professionnel des biens et des services pour un usage étranger à son activité professionnelle) doit avoir conclu soit un contrat de type particulier (art. 15.1 a.-b.), soit tout type de contrat (sauf transport, assurance, location d'immeubles), lorsque le professionnel réalise des « *activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* » (15.1.c). Cette dernière exigence, prévue spécialement afin de faciliter la protection du consommateur (même passif) dans le commerce on-line, a été clarifiée par la CJUE dans son arrêt *Peter Pammer & Hotel Alpenhöf* (C-585/08 et C-144/09). Selon la cour, la simple accessibilité du site internet dans le pays du consommateur n'est pas suffisante pour attirer l'application des art. 16 et 17, mais il convient de vérifier si, avant la conclusion du contrat, il ressort du site internet et de l'activité globale du professionnel que ce dernier envisageait de contracter avec des consommateurs situés dans l'Etat en cause. La Cour énonce une liste non exhaustive d'indices pouvant être retenus à cet effet (la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres Etats pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans son Etat, avec la possibilité pour le consommateur de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres Etats l'accès au site du professionnel ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'Etat membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents Etats). En revanche, selon l'arrêt *Mühlleitner* (C-190/11), l'art. 15.1.c. n'exige pas que le contrat entre le consommateur et le professionnel ait été conclu à distance.

#### **Q 10. Loi applicable aux principaux « cyberdélits »**

**La violation des DPI.** En ce qui concerne la réparation des préjudices soufferts suite aux différents actes de violation des DPI, l'art. 8 Rome II conduit à une application distributive des lois du pays pour lesquels la protection est réclamée, application correspondant à la configuration territoriale traditionnelle de ces droits.

La règle n'est pas d'une mise en œuvre facile dans le contexte des atteintes réalisées par le biais de l'internet, l'identification de la *lex loci protectionis* soulevant des difficultés particulières. Elle peut s'interpréter par exemple comme la loi du pays de transmission ; si l'avantage de l'unicité est important, un sérieux risque de délocalisation apparaît ; par ailleurs, ce lieu est parfois difficilement identifiable (le nom de domaine/ l'adresse IP ne peuvent valoir que comme des indices, sans avoir une fiabilité élevée ; la certitude pourrait croître dès qu'on considère le lieu de l'acte comme étant localisé dans le pays de l'établissement de l'auteur). La *lex loci protectionis* peut s'interpréter aussi comme la loi du pays de réception; le désavantage

majeur réside alors dans le fait que ce lieu n'est pas unique et l'application d'une multitude des lois rendra la solution très compliquée et alourdira significativement l'exercice des droits de la victime.

Comme la première approche encourage la création des paradis informationnels, la seconde finira par s'imposer, avec cette réserve que les juges devront examiner une éventuelle violation d'un DPI dans un certain pays seulement lorsque l'activité réalisée par internet y produit des conséquences significatives. Ainsi, dans la **Recommandation commune** de 2001 de l'Assemblée de l'Union de Paris et de l'Assemblée générale de l'OMPI sur la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'internet il est précisé qu'un signe trouvé sur internet porte atteinte à une marque nationale avec laquelle il entre en conflit seulement dans la mesure où l'utilisation de ce signe sur l'Internet a des incidences commerciales dans l'État membre en cause (tenant compte des éléments indiquant que l'utilisateur du signe mène – ou a entrepris des préparatifs sérieux en vue de mener – dans cet État membre des activités commerciales portant sur des produits ou des services qui sont identiques ou semblables à ceux pour lesquels le signe est utilisé sur l'Internet; du niveau et de la nature de l'activité commerciale de l'utilisateur par rapport à cet État, du rapport entre une offre de produits ou de services sur l'Internet et cet État membre, entre les modalités d'utilisation du signe sur l'Internet et cet État membre, ou entre l'utilisation du signe sur l'Internet et un droit sur ce signe dans l'État membre considéré).

**Responsabilité pour des actes de concurrence déloyale.** En matière de concurrence déloyale, l'art. 6 Rome II établit la compétence de la *loi du marché affecté*, ce qui correspond tant aux attentes de victimes (car la loi applicable sera celle qui gouverne leur environnement économique), qu'à l'intérêt général (garantissant le bon fonctionnement du marché). Une distinction est imposée.

Généralement, pour les d'actes de concurrence déloyale (couvrant une palette large, d'ailleurs - fraude, chantage, boycott, perturbation de l'approvisionnement d'un concurrent, les actes d'exploitation de la valeur d'un concurrent..) est applicable la loi du pays sur le territoire duquel les relations concurrentielles ou les intérêts collectif des consommateurs ont été affectés. Le marché relevant est celui où les concurrents essaient d'attirer les clients, en étant nécessaire que celui-ci soit affecté directement et de façon substantielle par les comportements en cause (v. le mémorandum explicatif). Cette précision est d'une grande importance lorsque les violations alléguées ont été réalisées par Internet.

Le règlement ne contient pas des dispositions pour la situation des actes de concurrence déloyale qui produisent des effets sur plusieurs marchés (tel qu'il peut être le cas dans un contexte internet), ce qui est regrettable. L'application distributive des lois en présence génère une complexité peu satisfaisante : les instances du pays du défendeur ou celle du pays où a eu lieu d'acte de violation (compétents à se prononcer sur la réparation intégrale du préjudice souffert) devront applique en même temps plusieurs lois pour la réparation des préjudices réalisés dans des pays différents. Cela sera d'autant plus délicat qu'il n'est pas permis de déroger à la règle instituée ni par le jeu de l'autonomie de la volonté, ni en faveur de la loi du pays de la résidence habituelle commune des parties. La condition de l'affectation directe et substantielle du marché permettra une limitation de l'éventail des lois compétentes.

Art. 6.2 aborde l'hypothèse particulière d'un acte de concurrence déloyale qui affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent (corruption, espionnage industriel, divulgation d'un secret commercial, incitation à la rupture du contrat) ; en ces hypothèses, les actes anticoncurrentiels ont un impact direct sur le concurrent et affectent seulement de façon indirecte les intérêts du marché et, de ce fait, il a été préféré un retour à l'art. 4 (*lex loci damni*, qui pourra céder devant la loi de la résidence habituelle commune des parties ou devant la loi de l'Etat avec lequel la situation présente des liens les plus étroits).

**Atteintes à la personnalité.** Pour ce qui est des **atteintes à la personnalité**, domaine exclu du champ d'application du règlement Rome II (art. 1§ 2 g), l'art. 2642 NCC consacre une règle spéciale inspirée tant par l'idée de faveur pour la victime, que de prise adéquate en considération des intérêts des professionnels du média (les plus souvent « responsables » des atteintes en cause).

Le texte précise que les prétentions de réparation suite à une atteinte à la vie privée ou à un droit de la personnalité, y compris par mass media ou autre moyen public d'information, sont régies, au choix de la personne lésée, par la loi de l'Etat de sa résidence habituelle, la loi de l'Etat où s'est produit le dommage ou la loi du pays où l'auteur de l'atteinte a son résidence habituelle ou le siège social. Toutefois, afin qu'une des deux premières lois puissent être choisies, l'auteur du dommage aurait dû raisonnablement s'attendre que les effets de ses actes se produisent dans l'un des ces deux Etats. Le droit à la réplique contre les atteintes à la personnalité est soumis à la loi du pays de parution de la publication ou de diffusion de l'émission.

Les situations dans lesquelles l'art. 2642 NCC est susceptible d'intervenir sont très diverses. Les droits de la personnalité concernent généralement le droit à la vie et à l'intégrité corporelle, le droit à la protection de la

vie privée, le droit à l'image; toute atteinte qui concerne l'identité, la vie familiale (y compris la mémoire des membres de la famille), la vie sentimentale et conjugale, la réputation et l'honneur, la présomption d'innocence, la confidentialité des données personnelles, de la correspondance ou des données sur la santé, le sexe ou les pratiques religieuses d'une personne sont tout autant d'actes visés par le texte légal. Le législateur ne distingue pas entre les différentes modalités de réalisation de ces atteintes – celles réalisées par mass media ou par d'autres moyens public d'information (presse, radio, tv, internet) sont mentionnées à titre indicatif; en pratique, pourront être pris en compte des atteintes réalisées par des discours publics, par des ouvrages ou autre publication irrégulières, par des moyens médicaux, techniques, informatiques ...

Pour ce qui est des prétentions de réparations fondées sur une telle atteinte, la liberté du choix (conférée à la personne lésée) permet le dépassement des inconvénients présentés par les rattachements objectifs (lieu de l'acte/ lieu du préjudice) en cas de délits complexes : la responsabilité de l'auteur sera appréciée d'après une seule loi et non par une éventuelle application distributive des lois en présence.

Deux tempéraments sont à prendre en compte.

Même si la victime aura la possibilité de choisir la loi applicable, ce choix peut viser seulement une des lois mentionnées limitativement par le législateur : loi de la résidence habituelle de la personne lésée, celle du pays du préjudice ou celle de la résidence/siège de l'auteur de l'acte. La solution reflète tant des considérations protectionnistes – la personne lésée ayant la possibilité de choisir la loi qui correspond mieux à ses intérêts – que de proximité – cet éventail de lois étant délimité tenant compte de leur lien avec la situation litigieuse.

Un des problèmes qui doivent être résolus est celui de savoir si, dans l'hypothèse peu rare de la survenance du préjudice sur le territoire de plusieurs Etats, la victime peut choisir la loi de n'importe lequel de ceux-ci. La réponse doit tenir compte aussi des solutions en matière de compétence juridictionnelle, dégagées dans la jurisprudence européenne (*MPA, F. Shevill, eDate Advertising*). Lorsque victime introduit l'action devant les instances roumaines du lieu du préjudice local (compétentes à réparer seulement ce préjudice local), la victime pourra choisir entre la loi de sa résidence, la loi de la résidence de l'auteur ou la loi roumaine (comme loi du pays du préjudice local) ; lorsque les instances roumaine sont saisies comme instances du lieu de l'acte illicite ou du domicile de la victime (compétentes pour la réparation intégrale du préjudice) la situation est plus délicate.

En ce cas, la deuxième limitation de la possibilité du choix – limitation qui réside dans l'introduction d'une exigence de prévisibilité – s'avère très importante. Selon cette exigence, option de la victime pourra porter sur la loi du pays de sa résidences habituelle ou du pays du résultat préjudiciable seulement si l'auteur de l'acte aurait pu prévoir, raisonnablement, que les effets de ses actes vont se produire dans l'un de ces Etats. Inspirée par la volonté de protéger les intérêts de l'auteur de l'acte (le plus fréquemment, des professionnels du domaine du média), la liberté d'expression et la liberté de la presse, l'exigence introduit au détriment de la victime une dose importante d'incertitude et de subjectivité, ainsi que son utilisation impose une attention accrue. Généralement, vu que le centre de vie et le milieu social de la personne lésée sont réputés localisés dans le pays où celle-ci a sa résidence habituelle, le jeu de la clause de prévisibilité ne devrait pas être admis en ce cas ; de même, en ce qui concerne les émissions radio ou TV, l'auteur peut prévoir que les résultats de ses actes seront ressentis partout où ces émissions sont réceptionnées ; aussi, en ce qui concerne les publications écrites (périodiques ou non), l'auteur prévoit que des conséquences vont se produire dans les Etats où celles-ci ont été distribués, avec son accord.

## **Q 11. Règles de conflit de lois applicables aux contrats du commerce électronique**

Les règles de conflit de lois applicables aux contrats du commerce électronique figurent dans le règlement Rome I qui, apart les règles générales contenues aux art. 3 et 4 (fond) et 11 (forme), consacre des textes spéciaux (art. 6) pour les contrats de consommation, inspirés par l'idée de faveur /de protection de la partie faible.

**Autonomie de la volonté.** L'utilité des clauses d'*electio juris* n'est plus à démontrer dans un contexte de dématérialisation du contrat et de délocalisation des partenaires. Leur efficacité formelle n'est pas douteuse, les documents électronique ayant aujourd'hui une force équivalente aux écrits traditionnels. Les règles générales sont applicables : le choix doit porter sur une loi étatique, le dépeçage sera possible, si la cohérence du contrat est maintenue. Si s'éventuels problèmes – de connaissance effective et d'acceptation véritable - peuvent surgir lorsque les clauses d'*electio juris* figurent dans des sets de conditions générales, toutefois, lorsque les sites attirent l'attention sur les clauses qui ne sont pas immédiatement visibles ou prévoient un parcours obligatoire qui permet l'accès à toutes les conditions du contrat avant l'acceptation, l'opposabilité de ces clauses devrait être maintenue.

**Critères objectifs.** En absence de choix, le législateur prévoit premièrement une liste de rattachements pour certains contrats spéciaux, de nature territoriale (et donc peu affectés par le contexte Internet). Retient toutefois attention la règle prévue à l'art. 4.1.g qui désigne, pour les vente de biens aux enchères est la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé; cette dernière précision peut s'avérer fort utile dans les enchères organisées sur Internet, pour lesquelles un retour à la règle de l'art. 4.1. est à envisager.

Purement conceptuelle et indépendante de la nature de l'objet du contrat, la notion de prestation caractéristique semble opérationnelle dans le contexte électronique. En soi, elle n'est pas suffisante pour créer un lien entre le contrat et un territoire, ainsi que l'art. 4.2 établit la compétence de la loi de la résidence habituelle du débiteur caractéristique (en cas de lacune ou cumul de l'application des dispositions de l'art 4.1). Avec cet accent mis sur la localisation physique de l'un des partenaires contractuels (localisation incontestable, car le commerce électronique est le résultat de l'activité des opérateurs réels), la règle apparaît adaptée au contexte internet. En revanche, une éventuelle recherche des liens les plus étroits dans le cadre des articles 4.3 et 4.4 peut devenir assez compliquée, en raison de la dématérialisation du contrat.

**Forme.** Pour ce qui est de la forme des contrats à distance (tels les contrats électroniques), l'art. 11 consacre une règle inspirée par un souci de validité ; elle permet la consultation soit de la *lex contractus*, soit de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de la conclusion du contrat ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là. La référence à un critère territorial (la résidence) limite les difficultés pratiques soulevées par le contexte internet.

**Contrats de consommation.** Dans son art. 6, le règlement Rome I consacre des règles spéciales pour les contrats de consommation, destinées à s'appliquer aussi aux transactions électroniques.

**Critère objectif.** L'art. 6.1 dicte l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur, indifféremment de sa localisation sur le territoire d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. Toutefois, d'un part, l'applicabilité de cette règle est conditionnée par la qualification du contrat en cause de « contrat de consommation », selon les indications données par le texte : une personne physique qui contracte pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne ("le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. D'autre part, le professionnel doit exercer son activité dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ou diriger, par tout moyen, cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et le contrat doit s'insérer dans le cadre de cette activité. Pour ce qui est de l'interprétation de l'expression « activité dirigée », le considérant 24 du préambule mentionne la corrélation avec le règlement 44/2001 (v. l'arrêt *Pammer*, qui apporte des enseignements utiles).

Par rapport à la Convention de Rome, le règlement opère une extension du champ d'application de la règle protectrice. Celle-ci ne se limitera plus aux contrats portant sur des „objets mobiliers corporels”, condition qui n'était pas remplie par les communications de logiciels ou d'autres informations on line, qui n'étaient pas non plus des prestations de services. Par ailleurs, la condition de « *sollicitation du consommateur ou de la proposition faite à celui-ci dans son pays de résidence* » a été effacée et la règle est élargie pour s'appliquer aussi aux consommateurs actifs (ceux qui entrent spontanément sur un site internet pour commander des produits et des services). En même temps, l'accessibilité mondiale des sites internet n'oblige les professionnels de se soumettre aux lois impératives de protection des consommateurs de partout dans le monde. Les notions d'activités commerciale développées dans ou dirigées vers son plus adaptées au commerce électronique, en permettant aux fournisseurs de limiter leur offres à des certains Etats par des techniques ou annonces web adéquates.

**L'autonomie de la volonté** est admise aussi en matière de contrat de consommation, mais seulement subsidiairement et de façon dérogatoire. La règle de l'art. 6.2 est formulée de la sorte que le rôle central reste préservé pour le critère objectif de la résidence habituelle du consommateur. L'autonomie de la volonté est encadrée, afin d'éviter que le professionnel puisse opter pour une loi assurant au consommateur un niveau inadéquat de protection ; l'idée de faveur est évidente : malgré le choix de loi, l'intervention des normes impératives appartenant au droit du pays de la résidence habituelle du consommateur ne pourra pas être évitée (les conditions figurant à l'art. 6.1 sont toutefois à respecter même en ce cas).

Par ailleurs, pour que le choix de loi soit efficace, il faut que le consentement du consommateur soit clair, donné en connaissance de cause – ce qui n'est pas évident lorsque l'acceptation prends la forme d'un appui sur un bouton, équivalant avec l'agrément d'un set détaillé et ample de clauses contractuelles ; ainsi, si la validité des clauses *d'electio juris* peut être admise plus facilement entre les professionnels, en revanche,

dans les rapports entre les professionnels et les consommateurs l'hésitation est permise. Par ailleurs, certaines de ces clauses pourront être déclarées abusives et donc inopposables aux consommateurs.

**Forme.** D'après l'art. 11.4, la forme des contrats entrant dans le champ d'application de l'art. 6 est toujours régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

## Q.12. Rôle attribué à la loi du pays d'origine

La clause « marché intérieur » contenue dans la directive 2000/31/CE sur le *commerce électronique* a suscité des discussions quant à sa signification exacte et les rapports entretenus avec le DIP. L'opinion dominante - le principe du pays d'origine agit seulement comme un correctif fonctionnel des règles de droit international privé - est aujourd'hui confirmée par l'arrêt *E-date advertising c. Martinez* (C-509/09 et C-161/10), dans lequel la CJUE a précisé que l'art. 3 de la directive « *n'impose pas une transposition sous forme de règle spécifique de conflit de lois* ». Si les Etats membres de destination ont l'obligation de s'assurer que les prestataires des services du commerce électronique ne sont pas soumis à des exigences plus strictes que celles prévues par le droit matériel applicable dans leur Etat membre d'établissement, cela concerne seulement les questions relevant du domaine coordonné.

Ni la directive 2005/29 sur *les pratiques commerciales déloyales* ne contient pas de règles de conflit de lois. La loi applicable dans chaque litige sera déterminée selon les règles habituelles de conflit de lois (art.6 Rome II), qui conduisent le plus probablement à la loi du pays de destination (loi du marché affecté). C'est à ce stade que la clause marché intérieur (art. 4) pourra intervenir, pour vérifier la modalité d'application ou d'interprétation de cette loi: dès lors que l'on est dans le domaine harmonisé et la loi désignée limite une certaine pratique commerciale, imposant des exigences supplémentaires par rapport à celles prévues par la directive, celle-ci devra s'analyser comme un obstacle dans le marché intérieur.

De même, dans la directive 2006/123/CE *relative aux services dans le marché intérieur* il est précisé qu'elle « *ne porte pas sur les règles du droit international privé, en particulier les règles régissant le droit applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, y compris celles garantissant que les consommateurs bénéficient de la protection des consommateurs contenues dans la législation de la consommation en vigueur dans leur Etat membre* » (art. 3§2).

Une position différente peut résulter toutefois exceptionnellement d'autres textes. Par exemple, la directive *Satellite et câble* (93/83/CEE) fournit un exemple de consécration de la loi du pays d'origine : elle localise la communication au public par satellite (exclusivement) « *dans l'Etat membre dans lequel les signaux porteurs de programmes sont introduits dans une chaîne ininterrompue de communication conduisant au satellite et revenant vers la terre* » ; les entreprises de diffusion n'auront à se conformer qu'à cette loi, y compris pour ce qui est de leur relation (de nature privé) avec les titulaires des droits d'auteurs sur les œuvres contenues dans les programmes diffusés<sup>1</sup>. Même si en cas de délit, cela équivaut à l'application de la loi du lieu de l'acte, les risques de délocalisation des diffuseurs dans des Etats avec législation moins protectrice des droits des titulaires de DPI (évoqués à propos de l'art. 8 Rome II) sont moindres ici, car d'une part l'infrastructure complexe impliquée par les transmissions par satellite ne se prête pas facilement à des manipulations et, d'autre part, les standards de protection des DPI sont aujourd'hui relativement uniformes dans toute l'UE.

---

<sup>1</sup> V. par exemple le § 15 du préambule : « *l'acquisition contractuelle de droits exclusifs de radiodiffusion doit être conforme à la législation sur les droits d'auteur et les droits voisins en vigueur dans l'Etat membre où a lieu la communication au public par satellite* ».