

# **Droit international privé et immatériel**

## **Rapport national portugais\***

par  
D. M. Moura Vicente  
Professeur à l'Université de Lisbonne

### **I. – Objets immatériels : les biens incorporels en droit international privé**

#### **1. Sources des règles de droit international privé applicables en matière de propriété intellectuelle**

Le Portugal est partie aux principales conventions internationales en matière de propriété intellectuelle, notamment la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, de 1883, et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, de 1886<sup>1</sup>. Les règles de droit international privé relevant de ces conventions sont en vigueur au Portugal, selon l'article 8, paragraphe 2, de la Constitution, dès leur publication officielle, pour autant qu'elles aient été régulièrement ratifiées ou approuvées et qu'elles lient internationalement l'Etat portugais. Elles sont donc susceptibles d'être directement appliquées par les tribunaux portugais et ont la primauté sur le droit ordinaire interne. À leur tour, les règles de conflits de lois concernant les droits de propriété intellectuelle adoptées par des actes juridiques de l'Union européenne sont applicables au Portugal, en conformité avec l'article 8, paragraphe 4, de la Constitution, dans les conditions établies par le droit de l'Union. Les règles nationales de droit international privé sur ces matières ont aujourd'hui, par conséquent, un domaine résiduel d'application. C'est le cas, notamment, de certaines dispositions du Code civil portugais (qui s'occupe de la loi applicable à la propriété intellectuelle à l'article 48) et du Code du droit d'auteur et des droits voisins (où le régime international du droit d'auteur figure aux articles 63 à 66). Ces dispositions ne s'appliquent que pour autant qu'elles règlent des situations non prévues par les textes normatifs internationaux et européens mentionnés<sup>2</sup>.

#### **2. Condition des étrangers en matière de protection des droits de propriété intellectuelle**

Les règles des Conventions de Paris et de Berne, ainsi que celles de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui consacrent le principe du *traitement national*, sont en vigueur au Portugal et elles y sont aussi directement applicables. Le même principe figure, *sous réserve de réciprocité*, à l'article 64 du Code du droit d'auteur et des droits voisins et à l'article 3 du Code de la propriété industrielle<sup>3</sup>. L'article 14, paragraphe 1, du Code civil établit, à son tour, que les étrangers sont assimilés aux nationaux quant à la jouissance des droits civils, sauf règle légale contraire. Toutefois, selon le paragraphe 2 de la même disposition, les droits qui, étant attribués par un État étranger à ses nationaux, ne le sont pas aux Portugais dans des circonstances égales, ne sont pas reconnus au Portugal aux ressortissants de cet État.

---

\* Rapport établi en vue des journées internationales de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française sur *L'immatériel*, tenues à Barcelone et Madrid du 19 au 23 mai 2014.

<sup>1</sup> Voir, sur ces conventions, D.M. Moura Vicente, «La propriété intellectuelle en droit international privé», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tome 335 (2008), pp. 107 ss. (pp. 185 ss.), et la bibliographie qui y est citée.

<sup>2</sup> Dans le même sens, L. Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, tome II, 3<sup>e</sup> ed., Coimbra, 2009, p. 503.

<sup>3</sup> Voir J. Oliveira Ascensão, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, 1992, pp. 35 ss.

### **3. Juridictions compétentes pour connaître d'une action en contrefaçon**

Les actions en contrefaçon couvertes par le règlement de Bruxelles I peuvent être introduites au Portugal lorsque le défendeur y est domicilié (article 2, paragraphe 1) ou que le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire sur le territoire portugais (article 5, paragraphe 3). Il en va de même pour ce qui concerne les actions relevant de la Convention de Lugano. Pour ce qui est des autres actions, notamment celles dont le défendeur est domicilié hors de l'Espace économique européen, les règles sur la compétence internationale des tribunaux portugais établies par le Code de procédure civile s'appliquent. Celles-ci prévoient que les tribunaux portugais sont internationalement compétents pour autant que le fait ou un des faits qui servent de motif à l'action ait été pratiqué sur le territoire portugais (article 62, alinéa b))<sup>4</sup>.

### **4. Tribunaux compétents pour connaître du contentieux des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle**

En matière de contrats portant sur des biens intellectuels, tant le règlement de Bruxelles I que la Convention de Lugano admettent, dans leur article 23, le choix par les parties du for compétent. À défaut d'élection de for par les parties, la règle *actor sequitur forum rei*, mentionnée plus haut, s'applique, ainsi que celle qui attribue la compétence aux tribunaux du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (articles 2 et 5, paragraphe 1, alinéa a), du règlement et de la convention). Le code de procédure civile portugais admet aussi le choix du for compétent dans les conditions énoncées à l'article 94 ; faute de ce choix, l'action contractuelle doit être introduite devant le tribunal du domicile du défendeur ou, lorsque le défendeur est une personne morale, devant le tribunal du lieu où l'obligation devrait être exécutée (articles 62, alinéa a), et 71, paragraphe 1). En matière de contrats de licence conclus avec des consommateurs, les règles spéciales prévues aux articles 15 et suivants du règlement et de la convention s'appliquent. D'après l'article 16, le consommateur peut assigner son cocontractant non seulement dans le pays du domicile de ce dernier, mais aussi dans le pays de son propre domicile.

### **5. Loi applicable aux droits de propriété intellectuelle**

L'article 63 du Code du droit d'auteur et des droits voisins établit que «l'ordre juridique portugais est exclusivement compétent pour déterminer la protection attribuée [au Portugal] à une œuvre, sous réserve des conventions internationales ratifiées ou approuvées». La Convention de Berne déclare, à son tour, qu'«en dehors des stipulations de la présente convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée». Au Portugal, il revient donc à la *lex loci protectionis* de régler l'existence, le contenu et l'extinction du droit d'auteur. On peut en dire autant des droits de propriété industrielle, étant donné que, d'après les articles 4bis, paragraphe 1, et 6, paragraphe 3, de la Convention de Paris, les brevets demandés et les marques enregistrées dans les différents pays de l'Union seront indépendants des brevets et marques obtenus pour la même invention et enregistrés dans les autres pays; ce qui implique que la protection accordée à un droit privatif dans un pays déterminé soit définie par le droit local. La compétence de cette loi est aussi

---

<sup>4</sup> Sur ces règles, voir R.M. Moura Ramos, «O Direito Processual Civil Internacional no novo Código de Processo Civil», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3983 (2013), pp. 82 ss.

prévue à l'article 8, paragraphe 1, du règlement de Rome II pour ce qui est des obligations non contractuelles résultant de la violation des droits de propriété intellectuelle. C'est l'expression sur le plan des conflits de lois du *principe de la territorialité* de ces droits<sup>5</sup>.

En ce qui concerne la titularité initiale des droits de propriété intellectuelle, la *lex originis*, à laquelle se réfère l'article 48 du Code civil portugais, conserve toutefois son champ d'application. Selon le paragraphe 1 de cette disposition, «les droits d'auteur sont réglés par la loi du lieu de la première publication de l'œuvre et, lorsque celle-ci n'est pas publiée, par la loi personnelle de l'auteur, sous réserve de ce qui est établi par législation spéciale». Le paragraphe 2 de cette disposition ajoute que «la propriété industrielle est réglée par la loi du pays de la création». Les intérêts sociaux qui sont en jeu en matière de propriété intellectuelle exigent, certes, qu'il revienne à la loi du pays où le droit est exercé (la *lex loci protectionis*) de déterminer si et dans quelles conditions la protection est octroyée sur son territoire. Ceci ne vaut cependant pas pour la titularité du droit, qui est indifférente du point de vue du pays où la protection est réclamée. Par contre, l'application de la loi du pays d'origine facilitera aux titulaires de droits le transfert de ceux-ci et la concession de licences internationales, car la loi applicable sera ainsi une seule, indépendamment du lieu d'utilisation de l'œuvre. Cette solution a été expressément accueillie par la Cour suprême portugaise dans un arrêt rendu le 10 janvier 2008<sup>6</sup>.

## **6. Règles de conflit de lois applicables aux contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle**

Pour ce qui est des contrats d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, le droit international privé en vigueur au Portugal admet le choix par les parties de la loi applicable. C'est ce qui découle de l'article 3, paragraphe 1, du règlement de Rome I, ainsi que de l'article 41 du Code civil portugais. A défaut de ce choix, la loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle sera applicable, selon l'article 4, paragraphe 2, dudit règlement, qui déroge à l'article 42 du Code civil selon lequel la loi du lieu de conclusion du contrat s'appliquerait pour autant que les parties n'aient pas de résidence habituelle commune.

Cette disposition du règlement soulève la question de savoir quelle est la prestation caractéristique de ces contrats. A notre avis, si le bénéficiaire de la licence ou le cessionnaire du droit assume l'obligation d'exploiter le droit donné en licence ou cédé, c'est celle-ci qui caractérise le contrat. Par contre, s'il lui revient seulement de payer le prix de la licence ou de la cession, c'est plutôt l'obligation de l'autre partie qui joue ce rôle.

La loi du débiteur de la prestation caractéristique peut cependant être écartée, selon le paragraphe 3 de l'article 4 du règlement, au profit d'une autre loi, s'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Ce qui peut être le cas de la loi régissant le droit objet du contrat lorsqu'il prévoit l'exploitation, exclusivement dans le pays de protection, d'un droit accordé par le système juridique local.

## **7. Règles de droit international privé applicables aux autres biens incorporels**

Au Portugal il n'y a pas de règles de droit international privé unitaires en ce qui concerne les autres biens incorporels. Ainsi, par exemple, les créances sont soumises à la même loi que celle qui s'applique aux obligations correspondantes.

---

<sup>5</sup> Sur cette notion, voir notre étude précitée (note 1), pp. 268 ss. et 296 ss.

<sup>6</sup> Affaire n.º 07A2208, disponible sur le site <http://www.dgsi.pt>.

Les lettres de change et les billets à ordre sont, à leur tour, régis par la loi désignée par la Convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre, conclue à Genève le 7 juin 1930 et ratifiée par le Portugal en 1934; et les chèques sont soumis à la loi indiquée par la Convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèques, conclue à Genève le 19 mars 1931, également ratifiée en 1934.

Le contenu des valeurs mobilières est soumis par l'article 40 du Code des valeurs mobilières portugais à la loi personnelle de leur émetteur, sauf si un autre droit figure dans le registre de leur émission. Pour ce qui est de leur transmission et de la constitution de garanties sur ces valeurs, l'article 41 de ce code détermine l'application du droit de l'Etat où se situe l'établissement de l'entité gestionnaire du système où elles sont intégrées, enregistrées ou déposées ou, à défaut d'une telle entité, de la loi personnelle de l'émetteur<sup>7</sup>.

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

### 8. Tribunaux compétents pour connaître des délits susceptibles de survenir en ligne

Relativement aux délits survenus en ligne, les règles de compétence internationale contenues dans le règlement de Bruxelles I, la Convention de Lugano et le Code de procédure civile, mentionnées plus haut, sont aussi applicables au Portugal. Parmi ces règles, celles qui prévoient la compétence du *forum delicti commissi* soulèvent toutefois des difficultés particulières lorsque le délit en question consiste en l'utilisation non autorisée, sur un réseau électronique, d'œuvres intellectuelles ou de signes distinctifs appartenant à autrui ou en une atteinte à un droit de la personnalité ou un acte de concurrence déloyale commis en ligne.

Deux solutions fondamentales sont possibles à cet égard. Selon la première, l'activité dommageable est considérée comme localisée à l'endroit à partir duquel les contenus qui portent atteinte aux droits intellectuels ou de la personnalité d'autrui sont mis sur le réseau, ce qui entraîne la compétence des tribunaux locaux. D'après la deuxième, elle est plutôt considérée comme localisée à l'endroit où ces contenus deviennent accessibles au public et où ils peuvent être téléchargés. Aucune de ces solutions ne peut néanmoins être acceptée sans certaines restrictions.

Le lieu de mise en réseau de contenus portant atteinte à des droits intellectuels ou de personnalité, pourvu qu'il coïncide avec le lieu d'un établissement stable du défendeur, possède sans doute une certaine pertinence en cette matière : c'est là où a lieu *l'événement causal* des dommages. Ce n'est pas le cas, cependant, lorsque le défendeur ne dispose à cet endroit que de l'équipement technique nécessaire pour la mise en réseau des contenus.

Quant à la simple accessibilité de ces contenus sur le territoire de l'État du for, elle est insuffisante pour attribuer la compétence aux tribunaux locaux si le défendeur n'a pas agi dans cet État ou *dirigé ses activités* vers son territoire. Autrement, le nombre de tribunaux compétents pour juger des délits commis en réseau deviendrait trop étendu, ce qui aggraverait injustement la position du défendeur. Une telle restriction a été consacrée à l'article 2:202 des *Principes CLIP sur les conflits de lois en matière de propriété intellectuelle*<sup>8</sup>.

Un critère plus large a cependant été employé par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'arrêt rendu sur les affaires jointes *e-Date* et *Martinez*<sup>9</sup>, où elle a déclaré que l'article 5, paragraphe 3, du règlement de Bruxelles I doit être interprété en ce sens qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet,

---

<sup>7</sup> Cf. Maria Helena Brito, «Sobre a aplicação no espaço do novo Código dos Valores Mobiliários», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 2000, pp. 51 ss.

<sup>8</sup> Voir European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, 2012.

<sup>9</sup> Arrêt du 25 octobre 2011, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu>.

la personne qui s'estime lésée 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*. Ce dernier correspond en général, selon la Cour, à la résidence habituelle. Toutefois, a-t-elle ajouté, une personne peut avoir le centre de ses intérêts également dans un État membre où elle ne réside pas de manière habituelle, dans la mesure où d'autres indices tels que l'exercice d'une activité professionnelle peuvent établir l'existence d'un lien particulièrement étroit avec cet État. En outre, la victime peut aussi, selon la Cour, 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 seront néanmoins compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie.

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

Les règles de compétence internationale mentionnées plus haut s'appliquent aussi en matière de contrats du commerce électronique. Pour ce qui est des contrats conclus avec des consommateurs, l'article 15, paragraphe 1, alinéa c), du règlement de Bruxelles I et de la Convention de Lugano établit que la compétence du *forum actoris* qui y est consacrée au bénéfice du consommateur vaut également pour les situations dans lesquelles un professionnel *dirige ses activités*, par tout moyen, vers l'État membre du domicile du consommateur, ou vers plusieurs États dont cet État membre, et lorsque le contrat conclu entre dans le cadre de ces activités<sup>10</sup>.

Dans une déclaration conjointe relative à cette disposition<sup>11</sup>, le Conseil et la Commission européenne ont précisé que le simple fait qu'un site Internet soit accessible à l'État membre du domicile du consommateur n'est pas suffisant pour rendre ledit article 15 applicable : encore faut-il que ce site invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat à distance ait été effectivement conclu, par tout moyen. Nous retrouvons ici, par conséquent, la distinction entre la *simple accessibilité* et la *direction d'activités* comme critères de compétence en ce qui concerne les litiges découlant du placement de contenus en ligne, à laquelle nous avons déjà fait référence.

Selon la loi portugaise du commerce électronique (décret-loi n.º 7/2004 du 7 janvier 2004), qui transpose la directive européenne en la matière, les déclarations émises par voie électronique satisfont à l'exigence légale d'une forme écrite si leur support offre les mêmes garanties de fiabilité, d'intelligibilité et de conservation (article 26, paragraphe 1)<sup>12</sup>. Dans cette même ligne d'orientation fondamentale, l'article 23, paragraphe 2, du règlement de Bruxelles I et de la Convention de Lugano établit que «toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite». Une clause attributive de juridiction peut donc être valablement conclue au Portugal par voie électronique.

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

---

<sup>10</sup> Voir sur ce sujet, dans la doctrine portugaise, E. Dias Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, 2002, pp. 323 ss.

<sup>11</sup> Disponible sur [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_fr\\_declaration.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_fr_declaration.pdf)

<sup>12</sup> Voir, sur cette loi, J. Oliveira Ascensão, «Bases para uma transposição da Diretriz n.º 00/31, de 8 de junho (comércio electrónico)», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2003, pp. 215 ss. ; Ministério da Justiça, *Lei do comércio electrónico anotada*, Coimbra, 2005.

Le principe général qui a traditionnellement dominé les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles résultant d'atteintes aux droits sur des biens incorporels est l'application de la *lex loci delicti commissi*<sup>13</sup>. Au Portugal, ce principe figure à l'article 45 du Code civil, dont le paragraphe 1 établit : «La responsabilité extracontractuelle, qu'elle soit fondée sur un acte illicite, sur le risque ou sur une quelconque conduite licite, est régie par la loi de l'État où s'est réalisée l'activité principale qui a causé le préjudice ; en cas de responsabilité par omission, la loi applicable est celle du lieu où le responsable aurait dû agir». On consacre ainsi pour cette matière une règle de conflit distincte de celles qui sont établies par l'article 27 de ce code pour ce qui est des droits de la personnalité, et par l'article 48, susmentionné, en ce qui concerne l'existence et le contenu des droits intellectuels<sup>14</sup>.

Le règlement de Rome II a toutefois établi une règle de conflits de lois spéciale pour les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, qui prévaut, dans son domaine d'application, sur les règles du droit interne. Selon l'article 8, paragraphe 1, de cet acte juridique européen : «La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée».

La *lex loci protectionis* a ainsi connu un élargissement considérable de son champ d'application. La question se pose toutefois de savoir quelle est cette loi lorsque l'utilisation non autorisée d'une œuvre, d'un signe distinctif ou de tout autre bien immatériel est faite par un moyen de communication ubiquitaire, comme Internet.

Il s'agit là de l'une des questions les plus débattues de la thématique en cause. Pour ce qui est de la mise à disposition du public sur Internet d'œuvres et de prestations protégées, le *locus protectionis* correspond, *prima facie*, à n'importe lequel des lieux à partir desquels les utilisateurs peuvent accéder à l'œuvre ou à la prestation en cause – et ceux-ci sont de nos jours, potentiellement, tous les pays du monde. Cependant, la *simple accessibilité* d'un site Internet à partir du territoire d'un certain pays ne paraît pas satisfaisante comme critère de rattachement à la loi locale, car elle implique que toute personne voulant utiliser une œuvre ou un autre bien immatériel sur Internet doit conformer son activité à une multitude d'ordres juridiques nationaux : ceux de tous les pays où ce bien est disponible à partir d'un terminal d'ordinateur. Si l'une de ces lois interdit l'utilisation souhaitée, et pour autant qu'il ne soit pas techniquement impossible de limiter ou d'empêcher l'accès au site à partir du territoire où cette loi est en vigueur, l'interdiction en cause acquiert donc une *portée universelle*. La loi la plus restrictive définira ainsi les limites de l'utilisation possible des œuvres et des signes protégés sur le réseau. Ce qui rendra très difficile notamment la diffusion et l'exploitation d'œuvres intellectuelles à travers ce moyen de communication et la coexistence de signes distinctifs sur Internet.

Le nombre de lois applicables aux situations en cause peut cependant être limité de plusieurs façons. Une solution possible consiste à appliquer aux violations de droits intellectuels à caractère ubiquitaire la loi du pays qui a le *rattachement le plus significatif* («*the closest connection*») avec le délit en question, compte tenu, en particulier, du lieu de résidence ou d'établissement des parties, des marchés vers lesquels le défendeur dirige ses activités et du lieu où le dommage est le plus substantiel. On concilie ainsi le respect dû à la souveraineté étatique avec le besoin d'efficacité, qui est favorisé par l'application d'une seule loi. C'est la solution consacrée par l'article 3:603 des *Principes CLIP* mentionnés plus haut<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cf. A. Sousa Gonçalves, *Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado. A mudança de paradigma*, Coimbra, 2013, pp. 322 ss.

<sup>14</sup> Voir J. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2e éd., Coimbra, 1982, pp. 367 ss.; E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2012, pp. 241 ss.

<sup>15</sup> Cf. *supra*, note 8.

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

Les contrats conclus par des prestataires de services de la société de l'information sont en principe soumis, selon les articles 4 et 5 de la loi portugaise du commerce électronique, à la loi du pays de leur établissement pour autant qu'il soit un État membre de l'Union européenne<sup>16</sup>. Un prestataire de services établi au Portugal doit donc se conformer aux dispositions de la loi portugaise en matière de forme et de contenu obligatoires des contrats du commerce électronique et en ce qui concerne les informations qu'il doit fournir à son cocontractant avant la conclusion du contrat. Cette application de la *loi du pays d'origine* connaît toutefois, en vertu de l'article 6, alinéas *e*) et *f*), de cette loi, d'importantes exceptions concernant les matières régies par la loi choisie par les parties en vertu du principe de l'autonomie privée et les obligations découlant des contrats de consommation.

Relativement à ces derniers, l'article 6 du règlement de Rome I établit que le choix de la loi applicable au contrat ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel qui contracte avec lui : «a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité». Cette règle doit être interprétée de façon analogue à la disposition parallèle en matière de compétence internationale contenue dans le règlement de Bruxelles I.

En ce qui concerne les contrats de consommation conclus par l'adhésion à des clauses contractuelles générales (comme c'est le cas de la plupart des licences d'utilisation de logiciels), il faudra encore tenir compte, au Portugal, de l'article 23 du Régime juridique des clauses contractuelles générales, approuvé par le décret-loi n° 446/85, du 25 octobre 1985, modifié par le décret-loi n° 220/95, du 31 août 1995, et par le décret-loi n° 249/99, du 7 juillet 1999, qui transpose la directive 93/13/CEE, du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et qui prévaut sur les dispositions du règlement de Rome I. Selon cette disposition, si le contrat présente un «*lien étroit*» («*conexão estreita*») avec le territoire portugais, les règles de ce Régime juridique concernant les clauses des contrats conclus avec des consommateurs seront applicables nonobstant le choix par les parties du droit d'un pays tiers pour le régir. Ce lien doit être réputé établi notamment lorsque le consommateur a sa résidence habituelle au Portugal et que le contrat y a été proposé, conclu ou exécuté. Si le contrat présente un tel lien avec le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne, les dispositions correspondantes de ce pays s'appliqueront, pour autant que la loi de celui-ci en détermine l'application<sup>17</sup>.

## 12. Rôle de la loi du pays d'origine du diffuseur du contenu

Le rôle attribué par la loi portugaise du commerce électronique, en matière contractuelle, à la loi du pays d'origine du diffuseur de contenus disponibles en ligne, s'étend à la matière délictuelle, puisque les articles 4 et 5 de cette loi, que nous avons cités plus haut, soumettent aussi les prestataires des services de la société de l'information à la loi du pays de leur établissement pour ce qui est de leur responsabilité. Le législateur portugais a donc transposé

---

<sup>16</sup> Voir, sur ce sujet, notre étude *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, 2005, pp. 208 ss.

<sup>17</sup> Cf. R.M. Moura Ramos, «La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé», in *Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1995, pp. 197 ss. (pp. 219 ss.); A. de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 2<sup>e</sup> éd., Coimbra, 2005, pp. 123 ss.

l'article 3 de la directive sur le commerce électronique sous forme d'une règle de conflit de lois, bien qu'il n'était pas obligé de le faire selon la jurisprudence fixée par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'arrêt rendu en 2011 sur les affaires jointes *e-Date* et *Martinez*, déjà mentionnées. L'application de la *lex originis* à la responsabilité des prestataires de services établis au Portugal, en ce qui concerne les services fournis dans d'autres États membres de l'Union, n'est pas dépourvue de conséquences pratiques, puisque la loi portugaise est plus stricte en cette matière que celles de plusieurs autres pays européens : l'article 16, paragraphe 2, de la loi portugaise établit en effet que le prestataire est responsable de l'information qu'il stocke pour le compte d'autrui, non seulement lorsqu'il connaît son caractère illicite, mais aussi dès lors qu'il aurait dû avoir conscience, compte tenu des circonstances, de son illicéité; en revanche, l'article 14, paragraphe 1, de la directive requiert que le prestataire soit tenu pour responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service uniquement s'il avait connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite était «apparente» ou s'il n'a pas agi promptement pour retirer les informations ou rendre leur accès impossible dès le moment où il a eu de telles connaissances.