

Directorate-General for Research

WORKING PAPER

ABRIDGED MULTILINGUAL EDITION

DA	
DE	Internationales Privatrecht - Elektronischer Geschäftsverkehr - Herkunftslandprinzip
EL	
EN	Private international law - electronic commerce - country of destination principle
ES	
FI	
FR	Droit international privé - Commerce électronique - Principe du pays destinataire
IT	
NL	
PT	
SV	

Legal Affairs Series

JURI 105 AXX

This document is an abridged plurilingual (EN -OR-, DE, FR) edition of a study commissioned at the request of the Committee on Legal Affairs and the Internal Market of the European Parliament.

The opinions expressed in this document are the sole responsibility of the authors and do not necessarily represent the official position of the European Parliament.

Reproduction and translation for non-commercial purposes are authorised, provided the source is acknowledged and the publisher is given prior notice and sent a copy.

Publisher: **European Parliament**
L-2929 Luxembourg

Authors:

Professor G. Howells, Professor of Law University of Sheffield, England, and Consultant, 8 King St. (barristers' chambers)., Sheffield.

Dr R. Lane, Europa Institute, University of Edinburgh, Scotland.

Professor J.D. McClean, C.B.E., Q.C. (Hon.), D.C.L. (Oxon.), Barrister, Professor of Law and Dean of the Faculty of Law, University of Sheffield, England.

Paul Torremans, Senior Lecturer in Law, University of Leicester, England, Professeur Associé, Faculté de Droit, Université Robert Schuman, Strasbourg, France; Visiting Professor, Faculté de Droit, Université de Liège, Belgium;

Charlotte Waelde, Lecturer in Law; Co-Director of the Centre for Research in Intellectual Property and Technology (SCRIPT), Assistant Director of the Legal Practice Unit, University of Edinburgh, Scotland.

Contributors:

Dr M. Pertegas-Sender, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven

Christopher Heath, Max Planck Institut, Munich

Professor K. Boele-Woelki, Molengraaff Institute for Private Law, The Netherlands

Professor H. MacQueen, FRSE, Professor of Law and Dean of the Faculty of Law; Co-director of SCRIPT, University of Edinburgh, Scotland.

Editor: **Klaus H. OFFERMANN**

Directorate-General for Research

Division for Social and Legal Affairs

Tel.: (00352) 4300-23709

Fax.: (00353) 4300-27723

E-mail: koffermann@europarl.eu.int

Manuscript completed in March 2001.

Directorate-General for Research

WORKING PAPER

ABRIDGED MULTILINGUAL EDITION

DA	
DE	Internationales Privatrecht - Elektronischer Geschäftsverkehr - Herkunftslandprinzip
EL	
EN	Private international law - electronic commerce - country of destination principle
ES	
FI	
FR	Droit international privé - Commerce électronique - Principe du pays destinataire
IT	
NL	
PT	
SV	

Legal Affairs Series

JURI 105 AXX

03-2001

TABLE OF CONTENTS

DE

Internationales Privatrecht - Elektronischer Geschäftsverkehr - Herkunftslandprinzip	5
---	---

EN

Private international law - electronic commerce - country of destination principle	19
---	----

FR

Droit international privé - Commerce électronique - Principe du pays destinataire	31
--	----

Zusammenfassung

Einleitung

Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit und der Rechtswahl bei Handelsgeschäften haben in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Spielte sich der Handelsverkehr früher innerhalb nationaler oder sonstiger festgelegter Grenzen ab, so sind heute sämtliche räumlichen Beschränkungen aufgehoben. Verbraucher und Anbieter stehen im Wettstreit um zweckmäßige Regelungen für den Internethandel. Urheberrechtlich geschützte Werke, deren Verbreitung einst vor allem in gegenständlicher Form erfolgte oder in der Hand großer Unternehmen lag, sind jetzt ungehindert in digitaler Form zugänglich. Eingetragene Marken, die innerhalb eines bestimmten Gebietes Schutz genießen, können heute in vielen verschiedenen Gebieten gleichzeitig anzutreffen sein. Mit der sprunghaften Zunahme des elektronischen Handels werden auch die kollisionsrechtlichen Bestimmungen in Frage gestellt, die bislang der Abwägung der Interessen der Handelspartner dienen. Können und sollten sie auch auf den Internethandel Anwendung finden? Internetanbieter laufen Gefahr, fern der Heimat verklagt und mit schwer durchschaubaren Rechtsvorschriften konfrontiert zu werden. Die Verbraucher wiederum befürchten, nicht zu ihrem Recht zu kommen, wenn die Zuständigkeit der Gerichte ihres Wohnsitzstaates und die Anwendung der ihnen vertrauten Verbraucherschutzgesetze nicht zwingend vorgeschrieben sind. Urheber müssen mit mehrfachen Verletzungen ihrer Schutzrechte und der Anwendung unterschiedlicher Rechtsvorschriften in solchen Fällen rechnen; Markeninhaber könnten wegen Markenrechtsverletzungen in Gebieten belangt werden, in denen andere ähnliche Rechte innehaben.

Angesichts dieser Probleme führte die EU in einer Reihe von Bereichen das „Herkunftslandprinzip“ ein, das beispielsweise für Bankdienstleistungen gilt. Bei diesem Modell verständigt sich eine Gruppe von Staaten (die EU) darauf, dass eine Einrichtung, die über die Genehmigung zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten in einem Staat verfügt, dieselben Tätigkeiten ohne weitere Genehmigung auch in den anderen Mitgliedstaaten ausüben darf. Die anderen Staaten erkennen also die Aufsichtsfunktion des Herkunftslandes an. Dabei gab es jedoch schon immer bestimmte Ausnahmen. Nach Maßgabe der EU sind Abweichungen vom Herkunftslandprinzip gerechtfertigt, sofern dies im *Allgemeininteresse* liegt; Beispiele dafür sind „...der Schutz des geistigen Eigentums, die Kulturpolitik, die Erhaltung der nationalen Kulturgüter...“¹. Ferner wurde anerkannt, dass die Verbraucher in der EU eine besondere Stellung einnehmen.

¹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das Allgemeininteresse in der Zweiten Bankenrichtlinie, SEK(97) 1193 endg., 20. Juni 1997.

1. Gerichtliche Zuständigkeit, Rechtswahl sowie Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen aus der Sicht des Verbrauchers

Verbraucher

Für den Verbraucher sind Vertragsabschlüsse über das Internet Vertrauenssache. Wichtig für die Vertrauensbildung ist die Gewähr, dass beim Auftreten von Problemen leicht zugängliche und effektive Mittel zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen. Sicherlich sollte die außergerichtliche Schlichtung im Cyberspace gefördert werden, doch bis sich ein entsprechendes System herausgebildet hat, müssen die Verbraucher die Möglichkeit der gerichtlichen Klage haben. Ohnehin wird der Gang zum Gericht für den Verbraucher immer der letzte Ausweg bleiben. Das Vertrauen der Verbraucher ist davon abhängig, dass sie vor den Gerichten ihres eigenen Landes Klage erheben, sich auf die ihnen vertrauten Verbraucherschutzgesetze berufen und die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen durchsetzen können. Die Anbieter dagegen fühlen sich unwohl bei dem Gedanken, dass sie aufgrund ihrer Präsenz im Internet in zahlreichen anderen Staaten verklagt werden können. Insgesamt wird in dem Bericht die Auffassung vertreten, dass dieses Risiko überbetont wird und vielleicht als Teil des Unternehmerrisikos betrachtet werden sollte, das mit der Entscheidung über den Internetauftritt und die Annahme von Auslandsbestellungen verbunden ist.

Bei passiven Websites wirft das Internet keine besonders gravierenden juristischen Probleme auf. In erster Linie geht es dabei um die Frage, ob eine solche Website eine Werbung darstellt, die sich auf den Verbraucher in dessen Staat richtet. Der Vertragsabschluss erfolgt auf herkömmlichem Wege. Anders verhält es sich bei interaktiven Websites, wo Verbraucherverträge online abgeschlossen werden. Dies ist eine neue Form des Vertragsabschlusses, für den neue Lösungen gefunden werden müssen. Wie bereits angemerkt, wird in dem Bericht ein verbraucherfreundlicher Ansatz befürwortet, aber auch darauf hingewiesen, dass besonderes Augenmerk auf die Fälle zu legen ist, in denen Waren und Dienstleistungen nicht nur per Mausklick bestellt, sondern auch online geliefert werden.

Gerichtliche Zuständigkeit

Im Mittelpunkt des Berichts stehen die diesbezüglichen Rechtsvorschriften der EG. Derzeit werden Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit und der Vollstreckung durch das Übereinkommen von Brüssel geregelt, das jedoch durch eine EG-Verordnung abgelöst werden soll. Zu diesem Übereinkommen ist zunächst zu sagen, dass nach seinen Bestimmungen in jedem Falle ein Gericht im Wohnsitzstaat des Verbrauchers angerufen werden kann, ohne dass spezielle Verbraucherschutzregeln erforderlich sind. Zwar lautet die Grundregel, dass die Klage im Herkunftsstaat des Beklagten zu führen ist, doch gelten abweichende Regelungen für vertragsrechtliche Forderungen (hier ist das Gericht des Ortes zuständig, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre) und für Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Gerichtsstand ist der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist). Dadurch erhält der Verbraucher in vielen Fällen das Recht, in seinem Wohnsitzstaat Klage zu erheben. Der Schwachpunkt aus der Sicht des Verbrauchers liegt darin, dass die Regelungen nur gelten, wenn vertraglich nichts anderes vereinbart wird. Deshalb kommt es darauf an, besondere Verbraucherschutzregeln aufzustellen, von denen nicht so leicht abgewichen werden kann. Die

im Übereinkommen enthaltenen Regelungen sind zu ungenau, um eine wirksame Anwendung auf den E-Commerce zu gestatten. Sie kommen zum Tragen, wenn der Verbraucher in seinem Wohnsitzstaat ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung erhalten hat und in diesem Staat die zum Abschluss eines Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat.

Die Verordnung stellt gegenüber dem Übereinkommen in mehrerer Hinsicht eine Verbesserung dar. Beispielsweise enthält sie eine Definition des Begriffes Erfüllungsort und vor allem überarbeitete Kriterien für die Anwendung der Verbraucherschutzbestimmungen. Diese sind nunmehr anwendbar, „wenn der andere Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat ... ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt“. Obwohl diese Regelung allem Anschein nach die meisten Online-Verträge abdeckt, lässt sie doch Raum für Spekulationen. Dem Bericht zufolge muss auch geklärt werden, ob Internetanbieter einer potenziellen Klage im Ausland durch den ausdrücklichen Hinweis darauf entgehen können, dass sie in bestimmten Ländern keine Geschäfte tätigen möchten.

Anerkennung und Vollstreckung

Das Vollstreckungsverfahren war bereits im Brüsseler Übereinkommen relativ unkompliziert und wurde durch die Verordnung noch weiter gestrafft.

Rechtswahl

Im europäischen Vertragsrecht wird die Rechtswahl durch das Übereinkommen von Rom geregelt; für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gibt es noch keine diesbezüglichen Bestimmungen. Die Grundregeln für die Rechtswahl sind anbieterfreundlicher als die Bestimmungen über die gerichtliche Zuständigkeit. Es gilt der Grundsatz der freien Rechtswahl durch die Vertragsparteien, so dass der Anbieter eine entsprechende Klausel in seinen Vertrag aufnehmen kann. Wird keine Rechtswahl getroffen, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Hauptniederlassung der Partei befindet, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat (d. h. dem Recht des Staates des Anbieters). Die Position des Verbrauchers wird jedoch durch eine Reihe von Regeln gestärkt, die die Anwendung zwingender Bestimmungen ungeachtet der Rechtswahl ermöglichen. Von besonderer Bedeutung für den Verbraucher ist dabei die Regelung, dass die zwingenden Bestimmungen des Staates des angerufenen Gerichts angewandt werden können. Allerdings hat es den Anschein, dass die hier angeführten Regelungen nicht nur insofern zwingend sind, als von ihnen nicht durch Vertrag abgewichen werden kann, sondern dass sie auch von dem sie erlassenden Staat ohne Rücksicht auf das für den Vertrag geltende Recht zu befolgen sind. Einige Verbraucherschutzbestimmungen entsprechen zwar diesem Muster, aber eben nicht alle. Daher sind die spezifischen Verbraucherschutzregelungen so wichtig, hat doch der Verbraucher davon den Vorteil, dass von den Verbraucherschutzregeln seines Staates nicht im Wege des Vertrages abgewichen werden kann. Was den E-Commerce anbelangt, so spiegelt die betreffende Bestimmung die im Brüsseler Übereinkommen angewandte Lösung wider und ist daher zu kritisieren, da sie nicht den Anforderungen des Internethandels entspricht.

Das Internet wirft viele Probleme für die rechtliche Regulierung auf. Im Bericht werden Lösungen vorgestellt, die als verbraucherfreundlich gelten können. Dennoch wird die

Auffassung vertreten, dass es sich um faire Regelungen handelt, die auf lange Sicht auch den Internetanbietern zugute kommen, da sie das Vertrauen in dieses neue Medium fördern. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit gerichtlicher Auseinandersetzungen – noch dazu nach internationalem Privatrecht – bei Verbraucherverträgen nicht allzu hoch. Daher heißt es im Bericht, dass hoffentlich wirksame Mechanismen der alternativen Streitschlichtung entwickelt werden können, damit derartige Probleme im Verbraucherrecht künftig seltener auftreten.

2. Gerichtliche Zuständigkeit, Rechtswahl und Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen aus der Sicht des Anbieters

Anbieter

Gerichtliche Zuständigkeit

Das Brüsseler Übereinkommen von 1968 (geänderte Fassung)

Das Übereinkommen von Brüssel ist nach wie vor das wichtigste Instrument in diesem Bereich. Ausgangspunkt dieses Übereinkommens in seiner heutigen Form ist der in Artikel 2 verankerte Grundsatz, dass eine Person in dem Vertragsstaat zu verklagen ist, in dem sie ihren Wohnsitz hat. Diese Lösung eignet sich am besten für den Fall, dass der Anbieter der Waren oder Dienstleistungen verklagt wird, sei es in Form einer Klage aus unerlaubter Handlung oder einer Vertragsklage. Hierbei kommt dem Anbieter der Heimvorteil zugute. Dies entspricht weitgehend der Zielsetzung von Artikel 2. Wenn jedoch der Vertragspartner des Anbieters verklagt werden soll, ist dieser Ansatz keinesfalls günstig, da sich der Anbieter gezwungen sieht, unterschiedliche ausländische Gerichte anzurufen.

Alternativmöglichkeiten werden zunächst einmal durch Artikel 5 des Übereinkommens geboten. Artikel 5 Absatz 1, in dem es speziell um Vertragsverhältnisse geht, stellt die erste Alternative zu Artikel 2 dar. Ein Anbieter von Waren oder Dienstleistungen, der gegen die andere Vertragspartei Klage wegen Vertragsverletzung erheben möchte, weil z. B. der Kaufpreis nicht oder nur teilweise entrichtet wurde, kann sich unter bestimmten Voraussetzungen auch auf diesen Artikel berufen. Laut Artikel 5 Absatz 1 kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, „vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre“, verklagt werden, „wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden“. Eine zweite Alternative gilt für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen. Durch Artikel 5 Absatz 3 wird die Zuständigkeit dem Gericht des Ortes übertragen, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Dem Gerichtshof zufolge ist der Begriff „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“, so zu verstehen, dass er „sowohl den Ort, an dem der Schaden eingetreten ist, als auch den Ort des ursächlichen Geschehens meint“.

Artikel 2 und 5 des Übereinkommens von Brüssel enthalten in gewisser Weise Standardvorgaben für nicht geregelte Sachverhalte. Sie kommen nur dann zur Anwendung, wenn keine Grundlage für eine ausschließliche Zuständigkeit nach Artikel 16 besteht und wenn die Parteien nicht zu einer Vereinbarung über die gerichtliche Zuständigkeit nach Artikel 17 und 18 gelangt sind. Überdies gibt es eine Sonderregelung für Verbraucherverträge. Durch Artikel 5

Absatz 1 bleibt es dem Anbieter in vielen Fällen erspart, den Kunden vor dessen Heimatgericht zu verklagen, was insbesondere bei unterlassener Zahlung gilt. Im Zusammenspiel mit dem in Artikel 2 enthaltenen Grundsatz, dass der Anbieter im Regelfall vor einem Gericht seines Wohnsitzstaates zu verklagen ist, wirkt sich diese Regelung für den Anbieter vorteilhaft aus. Dieser Vorteil ist jedoch nicht mehr gegeben, wenn Artikel 5 Absatz 3 ins Spiel kommt, weil eine unerlaubte Handlung den Gegenstand des Verfahrens bildet. In diesem Falle kann der Anbieter im Ausland verklagt werden. Verglichen mit dem US-amerikanischen Modell, das in der Rechtssache *Zippo* zur Anwendung kam, bieten die europäischen Regelungen für die Durchsetzung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und vertraglichen Verpflichtungen mehr Sicherheit. Das amerikanische Modell ist insofern ansprechend, als zwischen den unterschiedlichen Arten von Websites unterschieden wird, doch bietet es aufgrund der damit verbundenen Ungewissheit keine Alternative zu der in Europa üblichen Praxis, die dem Anbieter von Waren oder Dienstleistungen ein weit höheres Maß an Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit garantiert.

Artikel 17 des Übereinkommens von Brüssel ist ein Glücksfall für E-Commerce-Händler, da er den Vertragsparteien bei Vertragsstreitigkeiten die freie Wahl der zuständigen Gerichte (eines Vertragsstaates) überlässt. Die Unternehmen sind daher gut beraten, in ihren Vertragsbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Gerichtsstand ihrer Wahl anzugeben. Auf eine wichtige Einschränkung sei dabei allerdings hingewiesen. Artikel 17 und eine nach diesem Artikel getroffene Gerichtswahl können nicht die Sonderregelung für Verbraucherverträge außer Kraft setzen. Diese Bestimmung ist ein entscheidender Nachteil für die Händler und die Anbieter von Waren und Dienstleistungen. Sie hindert sie daran, sämtliche Vertragsachen zentral vor einem Gericht ihrer Wahl verhandeln zu lassen, was ihnen erhebliche Vorteile bringen würde. Eine solche Zentralisierung hätte eine gewisse Berechenbarkeit zur Folge gehabt, wodurch sich die Kosten der Rechtsberatung verringert hätten und der Abschluss von Versicherungen einfacher geworden wäre. Außerdem ist es beim elektronischen Geschäftsverkehr nicht immer leicht, die Anforderungen von Artikel 17 zu erfüllen.

Das Hauptproblem für die Anbieter von Waren und Dienstleistungen besteht also darin, dass das Übereinkommen von Brüssel eine höherrangige Sonderregelung zur Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit im Falle von Verbraucherverträgen enthält.

Die Brüsseler Verordnung

In Artikel 5 Absatz 1 wurde nunmehr im Hinblick auf Vertragsklagen festgelegt, dass der Erfüllungsort der Verpflichtung für den Verkauf beweglicher Sachen der Ort in einem Mitgliedstaat ist, an den sie geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen; für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Diese Klarstellung ist bereits eine Hilfe, auch wenn der Anbieter noch immer vor dem „Heimatgericht“ des Kunden verklagt werden kann. Hinzu kommt, dass in der neuen Fassung nicht definiert ist, wo sich der Erfüllungsort bei Online-Dienstleistungen befindet. Hier wurde eine günstige Gelegenheit vertan.

Die größte Verbesserung für E-Commerce-Händler wurde mit Artikel 23 eingeführt, der die Vereinbarung der gerichtlichen Zuständigkeit betrifft. Zwar wurden die Grundkonzepte des alten Artikels 17 des Brüsseler Übereinkommens beibehalten, doch enthält Absatz 2 folgende wichtige Neuregelung: „Elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, sind der Schriftform gleichgestellt“. Für den elektronischen

Geschäftsverkehr ist dies eine bahnbrechende Neuerung, die den Händlern beispielsweise die Nutzung von E-Mails und Internet-Bestellformularen gestattet. Die Kehrseite besteht darin, dass die Sonderregelung für Verbraucherverträge weiterhin vorrangige Wirkung hat. Somit werden Verbraucherverträge von der Verbesserung nicht erfasst. Der Geltungsbereich der Bestimmungen zu den Verbraucherverträgen wurde sogar erweitert, so dass sich die negativen Auswirkungen dieser Bestimmungen auf die E-Commerce-Händler noch verstärkt haben.

Der Entwurf des Übereinkommens von Den Haag über die gerichtliche Zuständigkeit und Entscheidungen ausländischer Gerichte in Zivil- und Handelssachen

Dieses Instrument befindet sich noch im Diskussionsstadium, doch die wichtigsten Bestimmungen haben sich bereits herauskristallisiert und betreffen auch den elektronischen Geschäftsverkehr. Obwohl sie diesem offenbar nicht sonderlich schaden, ist es doch bedauerlich, dass beispielsweise in Artikel 6 Verpflichtungen, die online zu erfüllen sind, und andere spezifische Aspekte des E-Commerce keine umfassende Berücksichtigung finden.

Die E-Commerce-Richtlinie

Nicht zuletzt ist in diesem Zusammenhang die Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr zu erwähnen. Sie konzentriert sich auf Fragen des materiellen Rechts und dient der Harmonisierung, ohne die Regeln des internationalen Privatrechts zu berühren, die zumindest auf die Bereiche angewandt werden sollen, für die noch keine voll harmonisierten Regelungen gelten. Daher sind ihre Bestimmungen im hier betrachteten Kontext nicht sonderlich von Nutzen.

Rechtswahl

Das wichtigste Instrument in Bezug auf die Rechtswahl ist das Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980.

Ausgangspunkt dieses Übereinkommens ist der in Artikel 3 verankerte Grundsatz der freien Rechtswahl durch die Vertragsparteien. Artikel 3 wirft nur wenige spezifische Probleme für E-Commerce-Verträge auf. Als einziges größeres Problem im Zusammenhang mit diesem Artikel erweist sich die Frage, ob ein per E-Mail, Mausklick oder auf ähnliche Weise bestätigter Online-Vertrag und speziell die darin enthaltene Rechtswahlklausel anstelle eines herkömmlichen Dokuments mit Unterschrift und in Papierform als rechtsgültige Vereinbarung angesehen werden kann.

In Ermangelung einer Rechtswahl wird der Gerichtsstand durch Artikel 4 bestimmt, dem zufolge dasjenige Recht anzuwenden ist, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Dabei wird vermutet, dass es sich um das Recht des Staates handelt, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren Sitz hat.

Artikel 5 betrifft Verbraucherverträge, die unter drei konkret bezeichneten Umständen zustande gekommen sind. In den genannten Fällen ist es nicht möglich, die zwingenden Bestimmungen des Rechtes des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, vertraglich auszuschließen; auch in Ermangelung einer Rechtswahl gelten die Bestimmungen dieses Staates. Dieser Artikel könnte für bestimmte E-Commerce-Verträge von Belang sein. Besonders zu

beachten ist die Voraussetzung, dass der Verbraucher ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in seinem Staat erhalten und dort eingewilligt haben muss. Hier stellt sich vor allem die Frage, ob eine Website eine ausdrückliche Werbung und/oder ein Angebot an den Verbraucher in dem Staat darstellt, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Eine voll interaktive Website, über die der Verbraucher einen Vertrag mit dem Anbieter schließen kann, fällt ohne Zweifel unter diese Regelung, wenn der Verbraucher an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort vor dem Computer sitzt und dort alle erforderlichen Schritte durchführt. Eine gänzlich passive Website dagegen würde diese Voraussetzung nicht erfüllen, da kein spezifisches Angebot ergeht und es dem Verbraucher überlassen bleibt, sich mit dem Anbieter auf anderem Wege als über die Website in Verbindung zu setzen (keine Interaktivität). Für den Anbieter/Händler ist dieser Ansatz nicht begrüßenswert. Er erzeugt Unsicherheit und ermöglicht es, dass auf verschiedene Verträge ein und desselben Anbieters unterschiedliches Verbraucherrecht Anwendung findet. Dadurch kommt es zu einer unnötigen Erhöhung der Risiken und Kosten.

Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen

Diese oft vernachlässigte Frage ist für alle E-Commerce-Händler von größter Tragweite, ganz besonders aber für die kleinen Unternehmen. Sobald eine gerichtliche Entscheidung gefallen ist, sollte sie in jedem beliebigen Teil der Welt möglichst problemlos und rasch anerkannt und vollstreckt werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass dem Recht letztendlich doch nicht Genüge getan wird. Die geltenden Instrumente in diesem Bereich funktionieren gut, doch müsste die Entwicklung eines noch unbürokratischeren, quasi automatisch arbeitenden Systems gefördert werden.

In diesem Zusammenhang lohnt es sich, über die alternative Streitbeilegung nachzudenken. Ein gut ausgebautes System der außergerichtlichen Streitbeilegung sollte auch Garantien für die weltweite Umsetzung der Beschlüsse beinhalten. Vor allem wenn es um kleinere Beträge geht, ist dies (hoffentlich) eine einfachere, zügigere und kostengünstigere Methode als ein umfassendes grenzüberschreitendes Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung.

3. Gerichtliche Zuständigkeit und Rechtswahl bei grenzübergreifenden Streitfällen im Zusammenhang mit Urheber- und Markenrechtsverletzungen

Urheberrecht

Im Hinblick auf grenzübergreifende Urheberrechtsstreitigkeiten gibt es eine Reihe wichtiger ungelöster Fragen. Erstens steht oftmals nicht fest, ob es bei dem Streitfall um eine Vertragsverletzung oder eine Urheberrechtsverletzung geht. Die diesbezügliche Entscheidung hat erheblichen Einfluss sowohl auf die gerichtliche Zuständigkeit als auch auf die Rechtswahl. Zweitens gestaltet sich das materielle Urheberrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich. Der aktuelle Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Urheberrechts-Richtlinie) dürfte zur Folge haben, dass im Zuge der endgültigen Umsetzung rechtliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten entstehen, weil unterschiedlich beurteilt

wird, ob der Tatbestand der Urheberrechtsverletzung erfüllt ist oder nicht. Drittens hat es den Anschein, dass sich die Mitgliedstaaten nicht darüber einig sind, ob die in den derzeitigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften festgelegten Schranken/Ausnahmen durch Verträge enger begrenzt werden können. Diese Fragen werden in der anschließenden Diskussion behandelt, die von einem konkreten Fallbeispiel ausgeht, bei dem zuerst eine Verletzung eines Verbrauchervertrags, anschließend eine Verletzung eines Nicht-Verbrauchervertrags und zuletzt eine Urheberrechtsverletzung angenommen wird.

Aufbauend auf der Analyse in Teil 1 und 2 des Berichts werden einige Artikel des Brüsseler Übereinkommens und der Brüsseler Verordnung erörtert, darunter insbesondere Artikel 2 und Artikel 5 Absatz 3. Es folgt eine Diskussion der potenziell anwendbaren Rechtswahl-Bestimmungen des Übereinkommens von Rom (wenn eine Vertragsverletzung vorliegt) und des Berner Übereinkommens zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (wenn eine Urheberrechtsverletzung vorliegt).

In diesem Teil des Berichts werden die potenziellen Unstimmigkeiten herausgestellt, die sich aus der unterschiedlichen Zuordnung des Streitfalls ergeben können. Insbesondere wird darauf verwiesen, dass es von dieser Zuordnung abhängt, ob die im Urheberrecht enthaltenen Schranken bzw. Ausnahmen (die durch den Vorschlag für eine Urheberrechts-Richtlinie harmonisiert werden sollen) durch vertragliche Festlegungen der Urheberrechtsinhaber außer Kraft gesetzt werden können. Wenn die Gerichte der einzelnen Mitgliedstaaten bei Streitfällen unterschiedliche Ansätze verfolgen, könnte eine Zersplitterung des Binnenmarktes die Folge sein.

Thema des letzten Abschnitts sind denkbare Mittel der Rechtdurchsetzung im Falle von Urheberrechtsstreitigkeiten, wobei der Schwerpunkt auf Problemen liegt, die durch die Anwendung grenzübergreifender Verbote zustande kommen.

Marken

Der zweite Abschnitt dieses Teils des Berichts behandelt Streitfälle, die die Nutzung eingetragener Marken im Hauptteil einer Website betreffen. Derartige Streitigkeiten zwischen zwei Anbietern können entstehen, wenn identische Marken in Verbindung mit identischen Waren und Dienstleistungen verwendet werden, wenn identische oder ähnliche Marken in Verbindung mit identischen oder ähnlichen Waren oder Dienstleistungen verwendet werden oder wenn ein Zeichen, das einer berühmten oder bekannten Marke ähnlich ist, in Verbindung mit davon unterschiedlichen Waren und Dienstleistungen verwendet wird und der Ruf der bekannten Marke dadurch beeinträchtigt werden könnte.

Das Markenrecht ist territorial begrenzt, während auf Websites global zugegriffen werden kann. Die markenrechtliche Frage lautet, wie die Nutzung zweier konkurrierender Marken verschiedener Händler auf Websites gestattet werden soll, wenn diese Marken dadurch in das Gebiet der jeweils konkurrierenden Marke gelangen. Nach geltendem EU-Recht kann sich ein Markeninhaber in einem bestimmten Gebiet der EU auf das Markenrecht berufen, um die Nutzung dieser oder einer ähnlichen Marke durch einen konkurrierenden Händler in dem Gebiet, in dem die Marke eingetragen ist, zu verhindern. Das Internet macht jedoch nicht vor territorialen Grenzen Halt.

In der Diskussion werden Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit und der Rechtswahl bei solchen Streitigkeiten untersucht. Die Zuständigkeitsregeln des Brüsseler Übereinkommens werden den entsprechenden Regelungen in der sich entwickelnden Rechtsprechung der USA gegenübergestellt. Das diesbezügliche Fazit des Berichts lautet, dass die derzeitigen EU-Regelungen zu bevorzugen sind, da sie den mittelständischen Unternehmen ein sicheres Forum für die Klärung von Streitigkeiten bieten. Von der sich entwickelnden Rechtsprechung der USA lässt sich dies nicht mit gleicher Bestimmtheit sagen.

Nicht zuletzt werden in diesem Teil des Berichts Lösungsmöglichkeiten für die Koexistenz von Marken unabhängiger Händler im Internet erörtert. Dabei werden zwei konkrete Lösungswege aufgezeigt. Die erste Lösung betrifft die Nutzung einer Marke auf einer Website. Danach würde unter der Voraussetzung, dass die nationalen Gerichte das einfache Vorhandensein einer Marke auf einer *passiven* Website nicht als Markenverletzung innerhalb des jeweiligen Gebiets ansehen, keine Verletzung der eingetragenen Marke vorliegen. Handelt es sich allerdings um eine *aktive* Website, so kann das Vorhandensein einer konkurrierenden Marke auf dieser Website mit einer Nutzung innerhalb des konkreten Gebiets gleichzusetzen sein. Der zweite Vorschlag bezieht sich auf die Verwendung von Haftungsausschlüssen und besagt, dass eine Koexistenz eingetragener Marken, an denen legitime konkurrierende Rechte bestehen, durch die umsichtige Nutzung von Haftungsausschlüssen ermöglicht werden könnte. Allerdings wird zugegeben, dass Vorsicht geboten ist, damit diese Praxis nicht zu wettbewerbswidrigem Verhalten und/oder zu verdeckten Handelsbeschränkungen führt. Ferner enthält der Bericht Hinweise auf die Aktivitäten der WIPO in diesem Bereich und auf Themen, die noch in der Diskussion sind.

4. Materielles Recht und Verhältnismäßigkeit in Bereichen, die unter die Binnenmarktregeln des Vertrages fallen

Die Bestimmungen des Vertrages

Die E-Commerce-Richtlinie und die Brüsseler Verordnung (nicht aber das Brüsseler Übereinkommen) sind das Werk von Einrichtungen der Gemeinschaft und fallen damit unter das Gemeinschaftsrecht. Die Stellung des E-Commerce und des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt wirft einige Fragen auf, denen nachgegangen werden muss, um eine klare Vorstellung von den hier erörterten Problemen zu vermitteln.

Was die Binnenmarktregeln des Vertrages anbelangt, so gilt für den elektronischen Geschäftsverkehr in erster Linie das Kapitel über Dienstleistungen (Artikel 49-55), obwohl auch Verträge zustande kommen können, die dem Kapitel über den freien Warenverkehr (Artikel 23-31) zuzuordnen sind. Der freie Dienstleistungs- und Warenverkehr sind zwei der „vier Freiheiten“, die schon vor Maastricht im EWG-Vertrag ausdrücklich als „Grundlagen der Gemeinschaft“ anerkannt wurden (im damaligen Zweiten Teil des Vertrages, der Artikel 9-84 umfasste) und damit bei der Errichtung des Gemeinsamen Marktes/Binnenmarktes eine zentrale Rolle spielten. Allerdings ist der Binnenmarkt noch nicht vollendet, so dass die Möglichkeit nationaler Abweichungen von Vertragsregeln in den Fällen besteht, in denen (a) der Vertrag selbst dies ausdrücklich vorsieht, (b) die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft dies ausdrücklich vorsehen und (c) der Gerichtshofs dies durch seine Rechtsprechung anerkennt.

Die Möglichkeit nationaler Abweichungen von den Regeln des Vertrages kann durch Harmonisierungsvorschriften nach Artikel 94 oder 95 ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss hängt davon ab, ob die entsprechende Rechtsvorschrift eine vollständige Harmonisierung vorsieht und herbeiführt; ob sie also in anderen Worten flächendeckende Wirkung hat. Bei der E-Commerce-Richtlinie wird eindeutig und ausdrücklich eine Mindestharmonisierung angestrebt, so dass den Mitgliedstaaten abweichende Bestimmungen gestattet sind. Beim elektronischen Geschäftsverkehr dürften die meisten abweichenden Regelungen in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften auftreten, die dem Schutz des Verbrauchers dienen (bzw. dienen sollen).

Treten offensichtliche Hindernisse für die freie Erbringung von Dienstleistungen der Informationsgesellschaft auf, so sind folgende Fragen zu klären. Erstens ist zu ermitteln, ob die fraglichen einzelstaatlichen Regeln die Kriterien erfüllen, die erstmals im *Keck*-Urteil des Gerichtshofs von 1993 aufgestellt wurden. Ist dies der Fall, so verkörpern die Bestimmungen keine Hindernisse im Sinne der betreffenden Artikel des Vertrages und dürfen weiterhin ungehindert angewandt werden. Zweitens können diese Regeln selbst dann, wenn sie den *Keck*-Kriterien nicht genügen und somit als Hindernisse einzustufen sind, unter Berufung auf spezifische Ausnahmeregelungen im Vertrag oder auf die „Vernunftserwägungen“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs beibehalten werden. Die anzuwendenden analytischen Tests gleichen sich mittlerweile unabhängig davon, ob es um den freien Warenverkehr oder den freien Dienstleistungsverkehr geht. Auch in diesem Kontext dürften sich die „Vernunftserwägungen“ überwiegend auf den Verbraucherschutz und konkret auf Fragen der Werbung und Verkaufsförderung beziehen. Da die E-Commerce-Richtlinie eine Reihe anderer Richtlinien auf diesem Gebiet ausdrücklich unberührt lässt, kommt es eigentlich auf eine Äquivalenzprüfung an, d.h. es muss geklärt werden, ob die im Herkunftsmitgliedstaat – und somit für den Dienstleistungsanbieter - geltenden Verbraucherschutzgesetze (seien sie autonomer Bestandteil des einzelstaatlichen Rechts oder in Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden) dem Verbraucher dasselbe Maß an Schutz gewähren wie die Gesetze des Empfängermitgliedstaats. Dabei müssen auch Fragen der objektiven Begründetheit und der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden.

Neben den primär anzuwendenden Bestimmungen des Vertrages für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr können auch die im Vertrag enthaltenen Wettbewerbsregeln ins Spiel kommen. So können Vereinbarungen zwischen Dienstleistungsanbietern zur Festsetzung von Preisen oder Märkten oder diskriminierenden Geschäftsbedingungen durchaus einen Verstoß gegen Artikel 81 darstellen. Werden derartige einseitige Festlegungen durch einen großen Anbieter (in „beherrschender Stellung“) getroffen, ist dies eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 82. Im vorliegenden Beitrag ist vor allem die Frage zu beantworten, ob ein Anbieter ein Geschäft mit einem Kunden verweigern kann, weil er es nicht riskieren will, im Falle eines Vertragsstreits im Mitgliedstaat des Kunden verklagt zu werden. Es wird die Ansicht vertreten, dass eine solche Verweigerung einen Verstoß gegen Artikel 82 darstellen kann, womit größeren Anbietern (und Anbietern in Nischenmärkten) diese Möglichkeit verwehrt ist.

5. Zusammenfassung der Teile eins bis vier des Berichts und Empfehlungen zu der Frage, ob eine weitere Harmonisierung der Verfahrensregeln möglich ist oder ob insbesondere im Falle der Verbraucherschutzregelungen eine weitere Harmonisierung des materiellen Rechts sinnvoller wäre

Verfahrensrechtliche Harmonisierung

Zum jetzigen Zeitpunkt ist es wohl nicht angebracht, die verfahrensrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die gerichtliche Zuständigkeit weiter zu reformieren. Die Brüsseler Verordnung war schon während der Erarbeitung Gegenstand umfangreicher Diskussionen und wird erst im März 2002 in Kraft treten. Allerdings sieht Artikel 68 der Verordnung eine Überprüfung vor. Dies wäre vielleicht ein geeigneter Zeitpunkt, um zu entscheiden, ob weitere Reformen in diesem Bereich erforderlich sind.

Zum Thema Rechtswahl ist zu sagen, dass die Arbeiten an Rom II momentan offenbar ins Stocken geraten sind. Teilweise mag dies auf die hitzige Debatte um die Brüsseler Verordnung zurückzuführen sein. Jegliche Vorschläge zur Änderung des Übereinkommens von Rom werden ohne Zweifel ähnlich heftige Reaktionen auslösen. Allerdings mutet es seltsam an, dass Verbraucherverträge in der neuen Brüsseler Verordnung anders definiert werden als im Übereinkommen von Rom. Artikel 5 müsste eventuell mit Artikel 15 der Brüsseler Verordnung in Einklang gebracht werden, um eine parallele Rechtsprechung bezüglich des Anspruchs der Verbraucher auf innerstaatliche Gerichte und Rechtsvorschriften zu ermöglichen.

Es spricht einiges für die Einführung eines Verfahrens zur Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, das für die am E-Commerce beteiligten Parteien aus verwaltungstechnischer Sicht unkomplizierter ist. Eine für die Verbraucherverbände arbeitende Anwaltsgruppe könnte in dieser Hinsicht Unterstützung leisten, was den Vorteil hätte, dass Verbraucher wie auch Anbieter entlastet werden und die Gefahr einer Zersplitterung des Binnenmarktes abnimmt.

ADR

In dem Bericht wird hervorgehoben, dass aus der Sicht der Verbraucher wie auch der Anbieter eine effektive und effiziente Form der alternativen Streitbeilegung (alternative dispute resolution, ADR) benötigt wird, durch die sich Gerichtsverfahren vermeiden lassen. Die EG hat in dieser Hinsicht bereits erhebliche Fortschritte erzielt, und die Arbeiten gehen dem Vernehmen nach zügig voran.

Zusätzliche Bemerkungen

1. Der Schutz der Verbraucher bei E-Commerce-Geschäften sollte keinen *geringeren* Umfang haben als der bei anderen Verbrauchergeschäften gewährte Schutz. Es könnte politisch durchaus gerechtfertigt sein, den Internetverbrauchern *größeren* Schutz zu gewähren. Schließlich sind die einzelstaatlichen Regierungen wie auch die EU an einer Ausweitung der

Teilnahme am Internethandel interessiert. Daher ist zu vermuten, dass in den nächsten Monaten und Jahren viele Online-Einkäufe von Neulingen getätigt werden. Somit wäre es ratsam, diesen Teilnehmern zumindest so lange einen zusätzlichen oder besonderen Schutz zu bieten, bis eine „kritische Masse“ von Nutzern mit der Technologie und den Risiken vertraut ist.

2. Es könnte vorkommen, dass ein Internet-Anbieter ein Geschäft mit einem bestimmten Kunden in einem bestimmten Hoheitsgebiet ablehnt, weil er nicht Gefahr laufen will, nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates verklagt zu werden. Hat dieser Anbieter jedoch eine beherrschende Stellung inne, könnte er sich wettbewerbsrechtlich dem Vorwurf aussetzen, dass die Verweigerung des Geschäfts einen Missbrauch dieser Stellung darstellt. Außerdem kann ein solches Verhalten zur Zersplitterung des Binnenmarktes führen.
3. Bei dem Versuch, eine Zersplitterung des Binnenmarktes abzuwenden, kann es zu Markenkonflikten in den Hoheitsgebieten kommen, in denen der Anbieter Geschäfte tätigt bzw. verweigert. Wenn eine Marke, die auf einer Website erscheint, eine Marke in einem anderen Hoheitsgebiet verletzt, könnte dies dem Händler einen Rechtfertigungsgrund für die Einstellung der Geschäftstätigkeit in diesem Hoheitsgebiet liefern. Ob diese Lieferverweigerung wirklich aufgrund markenrechtlicher Bedenken erfolgt oder ob der Anbieter nicht vielmehr vermeiden will, nach ausländischem Recht verklagt zu werden, ist sorgfältig zu prüfen. Gleiches gilt für die Frage, inwieweit ein solches Verhalten zur Zersplitterung des Binnenmarktes beiträgt.
4. Aus den verschiedenen Harmonisierungsinstrumenten geht nicht klar hervor, wo sich der Erfüllungsort bei Dienstleistungen oder Waren befinden soll. Die einen plädieren für den Ort des Anbieters, die anderen für den Ort des Verbrauchers. Eine Klärung dieser Frage wäre zu begrüßen.
5. Potenzielle Konflikte ergeben sich im Zusammenhang mit dem Inhalt aktiver Websites und der „Benutzung von Marken“ im Internet. Es besteht die Gefahr verwirrender und sich überschneidender Regelungen im Hinblick auf die missbräuchliche Benutzung von Marken im Internet einerseits und die gerichtliche Zuständigkeit andererseits. Werden die Kriterien für den Tatbestand der „Benutzung“ einer Marke in einem bestimmten Hoheitsgebiet mit den Kriterien für die gerichtliche Zuständigkeit im Falle einer „aktiven“ Website durcheinander gebracht, könnte dies dazu führen, dass Gerichte sich nicht zuständig fühlen, wenn keine „aktive Benutzung“ im betreffenden Hoheitsgebiet vorliegt.
6. In Anbetracht der EuGH-Rechtssache *Océano Grupo Editorial SA / Murciano Quintero* ist unklar, inwiefern eine Gerichtsstandsklausel in einem Verbrauchervertrag, nach der der Verbraucher im Ausland klagen muss, durch die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eingeschränkt werden kann, sofern Artikel 15 anwendbar ist. Eine Klarstellung wäre angebracht.
7. Was die Rechtswahl anbelangt, so muss sich nach den verfahrensrechtlichen Bestimmungen einiger Mitgliedstaaten (z.B. Vereinigtes Königreich) der Verbraucher auf ausländisches Recht berufen, sofern dieses aufgrund der Umstände anwendbar ist. Es wird darauf hingewiesen, dass dem Verbraucher dadurch große Belastungen entstehen und die Durchsetzung einer Forderung bei Streitfällen, in denen ausländisches Recht zur Anwendung kommt, für ihn oftmals unökonomisch ist.
8. Es ist ungewiss, inwieweit die zwingenden Bestimmungen des Gerichtsorts auf Anbieter, Verbraucher und Urheberrechtsstreitigkeiten anzuwenden sind. Eine Klarstellung in diesem Bereich würde die Prozessführung in allen Bereichen erleichtern, wenn ein entsprechender Fall vor ein Gericht eines Mitgliedstaates kommt.

9. Das US-amerikanische Modell, wonach die gerichtliche Zuständigkeit von der Art und Qualität der Kontakte am Gerichtsort abhängig gemacht wird, stellt keine brauchbare Alternative zum europäischen Modell dar. Es ist anzunehmen, dass die Anbieter das europäische Modell wegen der größeren Kalkulierbarkeit bevorzugen. Auch die Verbraucher dürften den europäischen Ansatz favorisieren.
10. Die Anbieter begrüßen offenbar die Bestimmung in Artikel 23 der Brüsseler Verordnung, durch die E-Mails und Online-Bestellungen der Schriftform gleichgestellt werden.
11. Die Bestimmungen der Brüsseler Verordnung zur gerichtlichen Zuständigkeit bei Verbraucherrechtsstreitigkeiten (Artikel 13-15) rufen bei den Anbietern (und Verbrauchern) Unzufriedenheit hervor. Beide Seiten äußern sich besorgt darüber, dass die Artikel unklar sind und nicht feststeht, in welchem Maße sie sich auf Verbrauchergeschäfte auswirken werden.
12. Die Studie zum Urheberrecht wirft spezifische Fragen auf. Es scheint keine verbindliche Regelung zu geben, so dass ein Streitfall, bei dem es der Sache nach um eine Urheberrechtsverletzung geht, theoretisch entweder als Vertragsverletzung oder als Urheberrechtsverletzung behandelt werden kann. Es wird darauf hingewiesen, dass weitere Arbeiten zur Klärung dieser Fragen angebracht sind.
13. Im materiellen Verbraucherschutzrecht ließe sich eine weitere Harmonisierung herbeiführen. Es wäre günstig, für die Umsetzung aller beschlossenen Maßnahmen ausreichende Übergangsfristen einzuräumen, die Zeit zum Nachdenken und zur Erarbeitung eines abgestimmten Komplexes von gemeinschaftsweit akzeptablen Grundsätzen bieten.

Executive Summary

Introduction

Over recent years the significance of choices made in relation to jurisdiction and choice of law in matters relating to commerce have attained increasing moment. Trading activity, which may at one time have been kept within national or defined boundaries, may now slip seamlessly across borders. Consumers and suppliers have been vying for an appropriate regime to be applied to the activities undertaken on the Internet. Works protected by copyright, once disseminated mainly in hard copy form, or under the control of large organisations, are now freely distributable in digitised form. Registered trade marks, dependant on rights within a particular territory, may now be seen in many different territories at the same time. The conflict of law rules that have historically operated to balance the interests between the various parties involved in commerce, have been challenged with the exponential growth of electronic commerce. Can or should they apply to activities undertaken over the Internet? Suppliers who trade over the Internet fear being subject to the jurisdiction of courts in far flung places, facing the application of laws which might be difficult to ascertain. Consumers are equally concerned that anything other than submission to the courts of the consumers domicile, and the application of the consumer protection laws with which they are familiar would in principle, mean a denial of justice. Copyright owners are potentially faced with multiple infringements of their works, with multiple laws applicable to those infringements; trade mark owners may be faced with actions for infringement for trade marks in territories where rights similar to their own are owned by others.

One response to these problems has been to adopt ‘country of origin’ or home country regulation in a number of areas, such as that adopted for banking services within the EU. This model rests on the principle that a group of states (the EU) agree that the activities carried out by an institution authorised in one state to carry out certain activities, may carry out those same activities in other member states without further authorisation. In effect, the supervisory role of the home state is recognised in other states. However, this principle has always been subject to certain derogations. The EU have noted that departure from the country of origin principle is justified if it is for the *general good*, a concept which includes ‘...*protection of intellectual property, cultural policy, preservation of the national historical and artistic heritage...*’². It has also been recognised that consumers occupy a special position within the EU.

1. Jurisdiction, choice of law and recognition and enforcement of judgements from the point of view of the consumer

Consumers

Consumers need confidence when contracting on the Internet. One of the main aspects of confidence is the ability to have accessible and effective means of redress should problems arise. Admittedly in the Internet context the development of cyber dispute resolution firms may

² *Freedom to provide services and the interest of the general good in the second banking directive, Commission interpretative communication SEC(97) 1193 final, 20 June 1997.*

be an appropriate development, but until they develop fully there is a need for consumers to have access to the courts and in any event the courts will remain as a recourse of last resort for consumers. Consumers need confidence that they can seek redress in their own courts, use the consumer law rules they are familiar with and enforce their judgements. Traders inevitably feel vulnerable about the potential exposure to being sued in a numerous countries because of their presence on the Internet. On balance the report thinks this risk may be over-emphasised and that it should probably be viewed as part of the commercial risk inherent in the decision to have an Internet presence and to accept orders from overseas.

The legal challenges posed by the Internet are not so serious in connection with passive web-sites. Here the main issue is whether such web-sites are advertising directed at the consumer in his home state. Contracts are then concluded by traditional means. However, interactive web-sites where the consumer contracts on-line are more problematic for they involve a new form of contracting for which novel solutions need to be created. As is noted above the report favours a consumer-friendly approach to this problem, but also thinks special attention needs to be paid to the situation where goods and services are not merely ordered on-line but also supplied on-line.

Jurisdiction

The focus of the report was primarily on the EC rules governing these issues. Jurisdiction and enforcement issues are currently governed by the Brussels Convention, but this will in the future be replaced by an EC Regulation. The first point regarding the Convention is that application of its rules may in any event give the jurisdiction to the consumer's home state, even without the assistance of the special protective rules for consumers. Although the basic rule is that the defendant should be sued in his home state this is departed from for contractual claims in favour of the place of performance of the obligation in question and for tortious claims to the state where the harm occurred. These rules would frequently allow the consumer to sue in his home state. The weakness from the consumer's viewpoint is that these default rules can be modified by contractual agreement. That is why it is important that there are special consumer rules, which can not be departed from so easily. These rules are too imprecise in the Convention to deal with e-commerce contracting effectively. They applied when the consumer had received a specific invitation or advertising and had in his home state taken all the steps necessary for the conclusion of the contract.

The Regulation improves upon the Convention in a number of ways. For instance, it provides a definition of the place of performance and importantly a revised test for application of the consumer protection rules. These now apply when 'a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State, and the contract falls within the scope of such activities'. Although these would seem to cover most Internet created contract it is noted that the issue is not free from speculation. The report also thinks consideration needs to be given to the question of whether, and if so how, Internet traders can seek to avoid being sued in some states by specifying that they are not seeking business in certain countries.

Recognition and enforcement

The enforcement procedure, which was already relatively straightforward under the Brussels Convention, has been made even more streamlined by the Regulation.

Choice of Law

Choice of law rules in contract within Europe are governed by the Rome Convention, there is no corresponding provision for tort law, yet. The basic rules are more trader friendly than the rules on jurisdiction. In principle the parties have freedom of choice over the applicable law and so the trader could include a relevant term in his contract. Absent such a choice in contractual matters the issue is governed by the law of the country in which the principal place of business of the party who is to provide the characteristic performance of the contract is situated (i.e. the trader's state). However, the consumer's position is assisted by a number of rules, which allow for mandatory rules to apply even if another law is applicable. One of most important for consumers is that which allows for the mandatory rules of the forum to apply. However, it seems that the rules referred to here are not merely mandatory in the sense of not being capable of being derogated from by contract, but also must be regarded by the state enacting the rule as applicable whatever law applies to the contract. Although some consumer protection rules have this character, not all do. The specific consumer protection rules are therefore important for they give the consumer the benefit of his state's consumer protection rules that cannot be derogated from by contract. As far as the Internet is concerned the relevant rule mirrors the solution in the Brussels Convention and therefore can be criticised for not being geared up to the needs of the Internet.

The Internet poses many challenges to legal regulation. Although the solutions the report proposes might be viewed as consumer-friendly the report believes they are fair and also will be to the long term benefit of Internet traders if they help to build confidence in this new medium. However, litigation, yet alone litigation involving private international law, is frequently unrealistic in the consumer context and so the report hopes effective ADR solutions can be developed so that these issues become less important in the consumer context.

2. Jurisdiction, choice of law and recognition and enforcement of judgements from the point of view of the supplier

Suppliers

Jurisdiction

Brussels Convention 1968, as amended

The Brussels Convention is still the main tool in this area. In its current form the Brussels Convention takes as a starting point the principle contained in its Article 2 that a defendant should be sued in the Contracting State in which he is domiciled. This solution is most suitable for those scenarios in which the supplier of the goods or services is being sued, either in tort or in contract. In this case the supplier will benefit from the home advantage. This is very much in line with the aim of Article 2. However, it is far from suitable if the party contracting with the

supplier is to be sued, as it will oblige the supplier to sue in a wide variety of foreign jurisdictions.

Article 5 of the Convention offers a first set of alternatives. Article 5(1) is the first alternative to Article 2 and this provision deals particularly with contractual situations. Any supplier of goods or services who wants to sue the other contracting party for breach of contract, e.g. because the purchase price or any part of it has not been paid, will therefore be able to rely on it if the conditions set out in the Article are met. Article 5(1) stipulates that a person domiciled in a Contracting State can also be sued 'in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question'. A second alternative applies to matter related to tort. Article 5(3) gives jurisdiction to the court of the place where the harmful event occurred. The Court of Justice has defined the place where the harmful event occurred as to include 'both the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it'.

Articles 2 and 5 form to some extent the default regime in the Brussels Convention. They only operate in those cases where there are no ground for exclusive jurisdiction under Article 16 and where the parties have not come to an agreement on jurisdiction under Articles 17 and 18. In addition there is the special regime for consumer contracts. Article 5(1) often allows the supplier to avoid having to sue the customer in the latter's home court, especially in those cases where no payment is forthcoming. In combination with the Article 2 principle that the fall back position is that the supplier is to be sued in the courts of his domicile this rule is advantageous for the supplier. This advantage disappears in relation to Article 5(3) and cases in relation to tort. Here the supplier is exposed to being sued abroad. In comparison with the approach taken in the US on the basis of the *Zippo* case the European tort and contractual obligations criteria provide more certainty. In short, the US approach is attractive in as far as it distinguishes between the various types of websites, but the uncertainty that comes with it results in the fact that it is not an alternative for the traditional European approach which guarantees the supplier of goods or services much more legal certainty and predictability.

Article 17 of the Brussels Convention is a goldmine for electronic commerce traders, as it gives the parties the freedom to elect the jurisdiction of the courts (of a Contracting State) to hear disputes relating to contracts. Traders would therefore be well advised to include a choice of jurisdiction in their contract and standard conditions. One important restriction should be noted though. Article 17 and any choice of jurisdiction made under it cannot override the special regime for consumer contracts. This is a major disadvantage for trader and suppliers of goods or services. It stops them from centralising all contractual cases in one court of their choice, which would have been a major advantage for them. Such a centralisation would have brought in an element of predictability, which would have reduced the costs of legal advice and made insurance easier. It is also not always easy to meet the requirements for Article 17 in an e-commerce context.

The major problem for suppliers of goods or service is indeed the presence in the Brussels Convention of a special overriding regime of allocating jurisdiction in cases involving consumer contracts.

The Brussels Regulation

Article 5(1) now specifies that in relation to contract the place of performance in the case of the sale of goods will be the place in a Member State where the goods were delivered or should have been delivered and in the case of the provision of services the place in a Member State where the services were provided or should have been provided. This clarification is helpful, even if it still exposes the supplier to being sued in the customer's 'home court'. On top of this the new version does not define where an on-line service is provided. This is clearly a missed opportunity.

The major improvement for the electronic commerce trader appears in Article 23, which deals with prorogation of jurisdiction. The key concepts of the old Article 17 of the Brussels Convention have been retained, but quite importantly paragraph 2 now specifies that "[any] communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be equivalent to writing". This is a major breakthrough for electronic commerce and it enables the trader to rely for example on e-mails and click wrap contracts. The downside of this development is that the overriding effect of the special regime for consumer contracts has been retained. The improvement is therefore limited to the non-consumer contracts area. The provisions on consumer contracts have even been widened in scope and the negative impact of these provisions for electronic commerce traders has therefore increased further.

The draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters

This instrument is still under discussion, but its main provisions have already emerged and are relevant to electronic commerce. They do not seem to be particularly harmful for electronic commerce, but it is a pity that for example in Article 6 obligations that are to be performed on-line and other specific aspects of electronic commerce have not been taken into account fully.

The E-Commerce Directive

A final instrument that needs to be mentioned in this respect is the E-Commerce Directive. This is an example of a Directive that focuses on substantive law issues and goes down the road of harmonisation, without touching the rules on private international law that are supposed to operate at least to cover the problem that are not subject to a fully harmonised rules. Its provisions are therefore not particularly helpful in this context.

Choice of Law

The main instrument in relation to choice of law is the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980).

The starting point of the Convention is that the parties are free to choose the applicable law. This principle is contained in Article 3. Article 3 does not raise many particular problems for contracts in relation to electronic commerce. The only major problem that arises specifically in relation to Article 3 is the question whether or not an on-line contract confirmed by e-mail or a click wrap contract or any similar arrangement, and specifically the choice of law clause in it, can be seen as a

valid agreement by the parties on the applicable law point in the absence of a traditional written and signed document.

In the absence of a choice Article 4 will lead to the determination by the court and the application of the law with which the contract is most closely connected. This is presumed to be the law of the country in which the party carrying out the characteristic performance is established.

Article 5 deals with consumer contracts that arise in three well defined sets of circumstances. In these cases the mandatory rules of the country of habitual residence of the consumer cannot be contracted out of, and apply in the absence of a choice of law by the parties. This article may be relevant to certain electronic commerce contracts. The focus of attention should be on the provision that one of the circumstances involves specific publicity and/or a specific invitation was made to the consumer in his country and he accepted there. The main issue here is whether a website constitutes specific publicity and/or a specific invitation made to the consumer in the latter's habitual residence. A fully interactive website through which the consumer can conclude a contract with the supplier no doubt comes within the scope of this concept if the consumer takes all the necessary steps in his habitual residence sitting in front of his computer. At the other end of the spectrum is a fully passive website, which does not qualify as there is no specific invitation and it is left to the consumer to make contact with the supplier by means that are not provided by the website (non-interactivity). From a supplier/trader's point of view this approach is not desirable. It creates uncertainty and on top of that it makes it likely that different 'consumer' laws will apply to different contracts concluded by the same supplier. This unnecessarily pushes up the risks and the costs.

Recognition and Enforcement of Judgements

This often-neglected issue is of vital importance of any electronic commerce trader, but especially for the small companies amongst them. Once a judgement has been obtained it should be recognised and executed anywhere in the world as smoothly and quickly as possible. Otherwise the risk exists that justice will not be done in the end. The current instruments in this area work well and the developments in the direction of an even less cumbersome and almost automatic system need to be encouraged.

Alternative dispute resolution is also worth considering here. A well-established system of alternative dispute resolution should include guarantees for the worldwide implementation of its decisions. For those cases that are decided this way, especially for those case where the amounts involved are rather small, this may (hopefully) be a smoother, shorter and less costly procedure than a full recognition and enforcement procedure in several countries for the judgement of a court.

3. Jurisdiction and choice of law in transnational disputes concerning copyright and registered trade mark infringement

Copyright

A number of important, but unresolved themes underpin transnational copyright disputes. First, it is often not clear whether a dispute should be categorised as a breach of contract, or as an infringement of copyright. Determination of this issue will have an important bearing on both the choice of jurisdiction, and on the choice of law to be applied. A second issue concerns substantive copyright laws, which differ as between Member States. The current draft of the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society (the Draft Copyright Directive) is likely to result in disparities in the laws between Member States when finally implemented as to which acts will amount to an infringement of copyright, and which will not. Third, it would appear that there are inconsistencies between Member States as to whether it is possible to limit, by contract, the limitations/exceptions currently to be found in national laws. These issues are examined in the ensuing discussion which examines a given scenario, categorised first as a breach of consumer contract, second as a breach of a non-consumer contract, and third as an infringement of copyright.

Building on the analysis in parts one and two of the report, a number of Articles of the Brussels Convention and the Brussels Regulation are discussed, in particular, Articles 2 and 5(3). This is followed by discussion on potentially applicable choice of law rules in the Rome Convention (where the dispute is contractual) and the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic works (where the dispute is categorised as an infringement of copyright).

This part of the report highlights the potential inconsistencies that can result from the different categorisations. In particular, it is noted that depending on the categorisation of a dispute, the limitations/exceptions to be found in the law of copyright (and which are to be harmonised in the Draft Copyright Directive) may be overridden by contractual terms set by copyright owners. If courts in Member States take different approaches when faced with a dispute, this could result in fragmentation of the internal market.

The final section looks at potential remedies in disputes concerning copyright, with the focus on the problems encountered by the use of cross border interdicts.

Trade Marks

The second section in this part of the report considers disputes concerning registered trade marks used in the body of a web-site. Problems concerning the use of registered marks arise as between one supplier and another where identical marks are used in connection with identical goods and services, the same or similar marks are used in connection with the same or similar goods or services, and where sign similar to a famous or well known mark is used in connection with dissimilar goods and services, where the reputation of the well known mark may be harmed.

Trade mark law is territorial, whereas web-sites are accessible globally. The problem for trade mark law is how to allow two competing marks owned by different traders to be used on web-sites where those marks may be available in territories in which there is a competing registered mark. Current EU law would dictate that the owner of a mark in one territory of the EU could use trade mark law to preclude the use of the same or similar mark by a competing trader in the territory where that mark is registered. However, the Internet does not respect territorial boundaries.

The discussion considers the relevant jurisdictional and choice of law rules for such disputes, and compares the jurisdictional rules under the Brussels Convention with those rules to be found in the developing case law of the US. On this point, the report concludes that the current EU rules are preferable because they do give to the SME a guaranteed forum in which a dispute can be heard. Such a conclusion is not so guaranteed under developing US jurisprudence.

Finally, this part of the report discusses possible mechanisms to allow registered trade marks to co-exist on the Internet, where those marks are owned by independent traders. Two particular avenues are canvassed. The first relates to the use of a trade mark on a web-site, and suggests that should national courts consider that mere availability of a trade mark on a *passive* web-site does not amount to infringement within any particular territory, then the registered trade mark would not be infringed. However, where a web-site is *active*, availability of a competing mark on a web-site may amount to use within a particular territory. The second suggestion is in relation to the use of disclaimers, and suggests that, where there are legitimate competing rights in relation to registered trade marks, judicious use of disclaimers could allow marks to coexist. However, the analysis does recognise that care should be taken lest the use of such disclaimers results in anti competitive behaviour and/or disguised restrictions on trade. The report also notes that WIPO have been active in this area, and highlights the areas on which further discussions are taking place.

4. The requirement relating to substance and proportionality in areas covered by the Treaty rules on the Internal Market

Treaty matters

Both the E-Commerce Directive and the Brussels Regulation (but not the Brussels Convention) are creations of the Community institutions and so subject to Community law. There are a number of issues generated by the place of e-commerce, and international private law, in the context of the internal market which require to be addressed and considered in order properly to understand the issues here discussed.

In the context of the Treaty rules governing the internal market, e-commerce falls primarily within the chapter on services (Articles 49-55) although it may lead to the formation of contracts which fall for consideration within the chapter on the free movement of goods (Articles 23-31). These are two of the 'four freedoms', recognised expressly by the EEC Treaty prior to Maastricht to be the 'foundations of the Community' (then Part Two of the Treaty, comprising Articles 9-84) and so at the very core of the establishment of the common/internal market. Nevertheless, the internal market is not yet completed, and so there remains the possibility of national derogation from

Treaty rules in situations (a) where the Treaty itself expressly provides, (b) where Community legislation expressly provides, and (c) where the case law of the Court of Justice recognises.

The possibility of national derogation from Treaty rules can be excluded by harmonising legislation adopted by authority of Articles 94 or 95. Whether this is so depends upon whether the harmonising legislation intends and produces exhaustive harmonisation; in other words, whether it occupies the field. The E-Commerce directive is clearly, and expressly, an exercise in minimal harmonisation, and the Member States therefore retain powers of derogation. In the context of e-commerce derogation is most likely to occur by virtue of national legislation which protects, or purports to protect, the consumer.

Apparent impediments to the free provision of information society services will be required to be addressed as follows. First, do the national rules in question meet the criteria first laid down in *Keck*, a 1993 judgement of the Court of Justice, in which case they are not impediments within the meaning of the relevant Treaty articles and may continue to apply unhindered. Second, if they do not meet the *Keck* tests they are impediments, but may still be saved by recourse to specific exception provisions in the Treaty or by reference to 'rule of reason' considerations developed in the case law of the Court. The analytical tests to be employed are now similar regardless of whether the free movement of goods or the free provision of services is at issue. Again, the 'rule of reason' consideration which is most likely to arise in this context is protection of the consumer, and more specifically questions relating to advertising and promotion. There are a number of directives in the field which are expressly saved by the E-Commerce directive; the question therefore becomes properly an equivalence test - whether the legislation for the protection of the consumer in force in the home Member State (whether existing autonomously in national law or there is order to give effect to a directive) and so to which the service provider is subject, affords the same degree of protection to the consumer provided by the law of the recipient's Member State. Questions of objective justification and proportionality will also require to be considered.

Alongside the primary Treaty provisions on free movement of goods and services, the competition rules of the Treaty may also come into play. Any agreement amongst service providers which fixes prices or markets or imposes discriminatory trading conditions may well breach Article 81; similar unilateral conduct from a large provider (one in a 'dominant position') may breach Article 82. In the particular context of this paper, an important question is whether a provider may refuse to deal with a recipient owing to disinclination, should a contractual dispute arise, to face potential civil proceedings in the recipient's Member State. It is submitted that such refusal might well constitute a breach of Article 82, and so is an option closed to larger (or niche market) providers.

5. Summary of parts one to four of the report together with suggestions as to whether further harmonisation of procedural rules might be possible, or whether it would be preferable to further harmonise substantive laws particularly in the case of consumer protection rules

Procedural harmonisation

It does not appear appropriate at this stage to introduce further reforms in relation to procedural laws concerning jurisdiction. The Brussels Regulation has been the subject of extensive discussion during its gestation, and will not come into effect until March 2002. The Regulation does have a review clause in article 68. That is perhaps the time to consider whether further reform may be needed in this area.

In matters relating to choice of law, progress on Rome II appears, at present to have stalled. This may be in part because of the vociferous debate that has surrounded the Brussels Regulation. Any proposals to amend the Rome Convention will no doubt be subject to the same hysteria. However, it seems odd that the new Brussels Regulation has a different definition of consumer contracts as compared with the Rome Convention. Article 5 may have to be brought into line with article 15 of the Brussels Regulation to facilitate a parallel case law with respect to consumers entitled to their own court and their own law.

There may be an argument for introducing a process for the recognition and enforcement of judgements which is administratively easier for the parties involved in e-commerce. A panel of solicitors attached to consumers associations may be able to assist in this area, an approach that may have the merit of lessening the burden on both the consumer and the supplier and thus reducing the risk of fragmentation of the internal market.

ADR

Both the consumer report and the suppliers report highlight the need for an effective and efficient form of alternative dispute resolution (ADR) which could be used as an alternative to court litigation. The EC has already made substantial progress in this regard, and it is understood that this is continuing apace.

Additional points

1. Protection given to consumers engaging in e-commerce transactions should not be *less* than that applicable to other consumer transactions. There may be sound policy reason for affording Internet consumers with *greater* protection. The policy of national governments and of the EU is to increase the numbers participating in this arena. This suggests that many who will engage with suppliers in the coming months and years will be 'novices' as far as buying on line is concerned. This may suggest that added or extra protection for these participants might be advisable, at least until a critical mass becomes au fait with the technology and the risks involved.
2. An Internet supplier who does not wish to take the risk of being subject to the laws of other Member States may decline to do business with any particular consumer in a given territory. However if that supplier is in a dominant position, this may subject the supplier to the

- competition law implications of abuse of that position in refusing to supply the consumer. In addition, such behaviour may lead to fragmentation of the internal market.
3. In attempting to ensure the internal market is not distorted, there may be potential conflicts between trade marks and the territories, in which the supplier trades, or refuses to trade. If a trade mark on a web-site infringes a mark in another territory, it is possible that the trader could have an excuse for not trading in that particular territory. The extent to which the refusal to supply arose from genuine trade mark concerns, as opposed to a desire not to become subject to the laws of another state may require careful analysis, as must the extent to which such behaviour might fragment the internal market.
 4. It is not clear in the various measures designed to harmonise rules where the place of performance for services, or goods is intended to be. There are arguments that it could be either at the place of the supplier, or at the place of the consumer. Clarification on this point would be welcomed.
 5. There are potential conflicts between the content of active web-sites and 'use of a trade mark' on the Internet. There is room for confusion and overlapping rules in relation to the use of trade marks on the Internet, when that will be an infringement on the one hand, and questions of jurisdiction on the other. If the test of 'use' of a trade mark in a particular territory becomes entwined with the test for jurisdiction under an 'active' web-site, then it could result in courts refusing jurisdiction unless there was 'active use' in that territory.
 6. As a result of the ECJ case *Océano Grupo Editorial SA v Murciano Quintero* it is unclear the extent to which a jurisdiction clause in a consumer contract requiring the consumer to sue in a State other than his/her own might be limited by the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive to the extent that Article 15 might apply. This point could be usefully clarified.
 7. On matters of choice of law, procedural rules in certain Member States (eg the UK) would require a consumer to prove a foreign law, if it was the law of another country which was to be applied to a particular set of circumstances. It is pointed out that this requirement would impose such a burden on the consumer as to make it uneconomical to pursue a claim in many cases if it was a foreign law to be applied to the dispute.
 8. The scope of mandatory rules of the forum, as they affect suppliers, consumers and disputes concerning copyright are uncertain. Clarification in this area would assist with litigation in all areas should such a question come before the court of a Member State.
 9. The US approach in relation to establishing jurisdiction based on the nature and quality of contacts in the forum has been rejected as offering a suitable alternative to the European approach. It would appear that suppliers may prefer the European approach because of its predictability. Consumers would also appear to favour the European approach.
 10. Suppliers appear to welcome the provision in Article 23 of the Brussels Regulation which has the effect of allowing traders to rely on e-mails and click wrap contracts as being equivalent to 'writing'.
 11. Suppliers (and consumers) are unhappy with the provisions of the Brussels Regulation dealing with jurisdiction in consumer disputes (Articles 13-15). In both cases, concern is expressed that the Articles are unclear, and it is uncertain the extent to which they will impact on consumer transactions.
 12. Specific points arise from the study made concerning copyright. There appears to be no firm rule, which would suggest that a dispute which in substance concerns an infringement of copyright should be classified as a breach of contract or as an infringement of copyright. It is suggested that further work in this area could help to clarify the issues identified.

13. Further harmonisation could be effected in the fields of substantive consumer protection. Any measures taken would be best implemented over reasonable lead times allowing time for reflection and development of a coherent set of principles which could be accepted on a Community wide basis.

Note de synthèse

Introduction

Ces dernières années, le choix de la compétence judiciaire et celui de la loi applicable en matière commerciale se sont avérés de plus en plus importants. L'activité commerciale qui, à un certain moment, peut n'avoir pu être exercée qu'à l'intérieur des frontières nationales ou de certaines frontières déterminées, peut maintenant les franchir sans heurts. Les consommateurs et les professionnels se sont battus pour obtenir qu'un régime approprié s'applique aux activités entreprises sur l'Internet. Les œuvres protégées par le droit d'auteur, après avoir été principalement diffusées en format papier ou sous le contrôle de grandes organisations, sont aujourd'hui facilement distribuables en format numérisé. Les marques déposées, rattachées à des droits dans un territoire particulier, peuvent désormais se trouver simultanément dans de nombreux territoires. Les réglementations qui avaient été jusqu'alors mises en œuvre pour équilibrer les intérêts des diverses parties prenant part au commerce, ont été remises en question du fait de la croissance exponentielle du commerce électronique. Peuvent-elles ou devraient-elles s'appliquer aux activités entreprises sur l'Internet ? Les professionnels qui exercent sur l'Internet craignent d'être soumis à la compétence judiciaire de pays lointains et d'être confrontés à l'application de lois pouvant être difficiles à vérifier. Les consommateurs sont tout aussi inquiets du déni de justice que constitueraient, en principe, le fait de saisir une juridiction autre que celle de leur domicile et la non-application de la législation relative à la protection du consommateur qu'ils connaissent bien. Les titulaires de droits d'auteur peuvent être confrontés à de multiples infractions à leurs œuvres, auxquelles de nombreuses lois sont applicables ; les titulaires de marques peuvent, quant à eux, faire l'objet de procédures pour infraction dans des territoires où d'autres personnes sont titulaires de droits similaires aux leurs.

Une réponse à ces problèmes a été d'adopter le principe du pays d'origine dans un certain nombre de domaines, tels que celui adopté pour les services bancaires au sein de l'UE. Ce modèle repose sur le principe qu'un groupe d'États (l'UE) convient qu'une institution autorisée dans un État à exercer certaines activités peut exercer ces mêmes activités dans d'autres États membres sans autre autorisation. En effet, le rôle de surveillance de l'État d'origine est reconnu dans les autres États. Toutefois, ce principe a toujours fait l'objet de certaines dérogations. L'UE a en effet indiqué que la dérogation au principe du contrôle par le pays d'origine se justifie si c'est dans *l'intérêt général*, concept qui inclut "*...la protection de la propriété intellectuelle, la politique culturelle, la préservation du patrimoine historique et artistique national.*"³. Il a également été reconnu que les consommateurs occupent une place particulière dans l'UE.

³ La libre prestation de services et l'intérêt général mentionnés dans la deuxième directive bancaire, communication interprétative de la Commission SEC(97) 1193 final, 20 juin 1997.

1. Compétence judiciaire, choix de la loi applicable et reconnaissance et exécution des décisions judiciaires du point de vue du consommateur

Les consommateurs

Les consommateurs ont besoin de se sentir en confiance lorsqu'ils passent un contrat sur l'Internet. Pour pouvoir avoir confiance, il faut, notamment, qu'ils puissent disposer de voies de recours accessibles et efficaces en cas de problèmes. Il est vrai que, dans le contexte de l'Internet, le développement de sociétés de règlement des cyber-litiges peut être un bon point de départ mais, tant qu'elles ne seront pas complètement au point et développées, il est nécessaire que les consommateurs puissent avoir accès à la justice puisque la saisine des tribunaux restera pour eux le dernier recours. Les consommateurs ont besoin d'avoir l'assurance qu'ils peuvent former un recours devant leurs propres juridictions, utiliser les règles en matière de protection du consommateur qu'ils connaissent bien et faire appliquer leurs décisions. Les opérateurs se sentent inévitablement vulnérables face au risque d'être traduits en justice dans de nombreux pays du fait de leur présence sur l'Internet. Dans l'ensemble, le rapport estime que l'on accorde peut-être trop d'importance à ce risque, que l'on devrait probablement intégrer au risque commercial inhérent à la décision d'être présent sur l'Internet et d'accepter des commandes de l'étranger.

Les enjeux juridiques de l'Internet ne sont pas si importants pour ce qui concerne les sites Web passifs. La principale question dans ce cas est de savoir si ces sites Web font de la publicité à l'intention du consommateur dans son État d'origine. Les contrats sont alors conclus selon les méthodes traditionnelles. En revanche, les sites Web interactifs, sur lesquels le consommateur passe un contrat en ligne, sont plus problématiques puisqu'ils impliquent une nouvelle forme d'engagement par contrat qui demande la création de solutions nouvelles. Comme indiqué ci-dessus, le rapport est pour une approche de ce problème qui soit conviviale à l'égard du consommateur, tout en estimant qu'il conviendrait de s'intéresser tout particulièrement à la situation où les biens et services ne sont pas simplement commandés en ligne mais également fournis en ligne.

Compétence judiciaire

Au départ, le rapport était principalement axé sur les règles européennes régissant ces questions. Les questions de compétence judiciaire et d'exécution sont actuellement régies par la Convention de Bruxelles, mais celle-ci va être remplacée par un Règlement européen (CE).

Le premier point à noter est que, au titre des règles établies par la Convention, la compétence judiciaire est attribuée à l'État d'origine du consommateur, y compris en passant outre à la législation relative à la protection du consommateur. Bien que la règle de base veuille que le défendeur soit poursuivi dans son État d'origine, on renonce à cette règle, en matière contractuelle, en faveur du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée et, en matière délictuelle, en faveur de l'État où le fait dommageable s'est produit. Ces règles devraient, la plupart du temps, permettre au consommateur d'intenter une action dans son État d'origine. Elles sont néanmoins fragiles du point de vue du consommateur, car elles peuvent être modifiées par accord contractuel. C'est pourquoi il est important qu'il y ait des

règles particulières en matière de protection du consommateur auxquelles on ne puisse pas déroger si facilement. Ces règles sont trop imprécises dans la Convention pour bien aborder la question du commerce électronique. Elles s'appliquent lorsque le consommateur a reçu une proposition ou une publicité spécifique et qu'il a accompli dans son État d'origine les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

Le Règlement est une amélioration par rapport à la Convention à différents égards. Par exemple, il donne une définition du lieu de l'obligation qui sert de base à la demande et, surtout, révisé le champ d'application des règles en matière de protection du consommateur. Celles-ci s'appliquent désormais lorsque le contrat a été conclu avec *"une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités"*. Bien qu'il puisse sembler que celles-ci couvrent la plupart des contrats conclus sur l'Internet, il est noté que la question peut donner lieu à des spéculations. Le rapport estime par ailleurs qu'il conviendrait de se pencher sur la question de savoir si, et si oui comment, les opérateurs sur l'Internet peuvent chercher à éviter d'être poursuivis dans certains États en précisant bien qu'ils ne cherchent pas à faire affaire dans certains pays.

Reconnaissance et exécution

La procédure d'application, qui était déjà relativement simple dans le cadre de la Convention de Bruxelles, a été à nouveau simplifiée dans le Règlement.

Choix de la loi applicable

En Europe, les règles de conflit en matière contractuelle sont régies par la Convention de Rome, et il n'existe pas encore de dispositions de ce type en matière délictuelle. Les règles fondamentales sont plus conviviales à l'égard de l'opérateur que les règles de compétence. En principe, les parties sont libres de choisir la loi applicable et l'opérateur pourrait donc inclure une clause à cet effet dans son contrat. À défaut de choix en matière contractuelle, la question est régie par la loi du pays où se trouve le principal établissement de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat (soit l'État de l'opérateur). Le consommateur bénéficie toutefois d'une aide au titre d'un certain nombre de règles qui prévoient l'application des dispositions impératives même si une autre loi est applicable, et surtout, l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation. Il semble toutefois que les dispositions dont il est question ne sont pas impératives que dans le sens où l'on ne peut y déroger par contrat, mais aussi parce qu'elles doivent être jugées applicables par l'État quelle que soit la loi applicable au contrat. Bien que certaines règles relatives à la protection du consommateur aient ce caractère, toutes ne l'ont pas. Les règles relatives à la protection du consommateur sont donc importantes dans la mesure où elles permettent au consommateur de bénéficier de l'application des règles relatives à la protection du consommateur de son État auxquelles il ne peut être dérogé par contrat. En ce qui concerne l'Internet, la règle pertinente reflète la solution de la Convention de Bruxelles et peut donc être critiquée pour ne pas être adaptée aux besoins de l'Internet.

L'Internet met la réglementation à l'épreuve à de nombreux égards. Bien que les solutions que le rapport propose puissent être jugées conviviales pour le consommateur, le rapport estime

qu'elle sont justes et que, à terme, elles profiteront aux opérateurs sur l'Internet si elles contribuent à mettre en confiance vis-à-vis de ce nouveau média. Toutefois, les litiges, y compris ceux en rapport avec le droit international privé, sont souvent bien peu réalistes du point de vue du consommateur et c'est pourquoi le rapport espère que de nouvelles solutions efficaces de règlement des litiges pourront être mises au point de manière à réduire l'importance des enjeux pour le consommateur.

2. Compétence judiciaire, choix de la loi applicable et reconnaissance et exécution des décisions judiciaires du point de vue du professionnel

Les professionnels

Compétence judiciaire

Convention de Bruxelles modifiée de 1968

La Convention de Bruxelles constitue toujours le principal outil dans ce domaine. Dans sa forme actuelle, la Convention de Bruxelles part du principe énoncé à l'article 2, selon lequel un défendeur est poursuivi devant les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié. Cette solution convient surtout aux situations dans lesquelles c'est le professionnel (fournisseur de marchandises ou prestataire de services) qui est poursuivi, et ce, tant en matière délictuelle que contractuelle. Dans ce cas, le professionnel bénéficiera de l'application du principe du pays d'origine, ce qui est largement en accord avec l'objectif de l'article 2. Toutefois, cette solution est loin d'être appropriée si c'est le cocontractant du professionnel qui doit être traduit en justice, puisque cela obligera le professionnel à saisir des juridictions étrangères.

L'article 5 de la Convention offre une première série d'alternatives. L'article 5(1), qui traite plus particulièrement des situations contractuelles, est la première alternative à l'article 2. Tout fournisseur de marchandises ou prestataire de services qui souhaite poursuivre son cocontractant pour rupture de contrat – par exemple pour non-paiement de tout ou partie du prix d'achat – pourra donc le faire si les conditions de cet article sont remplies. L'article 5(1) stipule qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État contractant peut être poursuivie, "*en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée*". Une deuxième alternative s'applique en matière délictuelle. L'article 5(3) attribue la compétence au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit, lieu défini par la Cour de Justice comme étant "à la fois le lieu où le dommage s'est produit et le lieu de l'événement qui en est à l'origine".

Les articles 2 et 5 constituent, dans une certaine mesure, le régime par défaut de la Convention de Bruxelles. Ils ne valent que dans les cas où il n'y a aucune raison de supposer que des tribunaux sont seuls compétents en vertu de l'article 16 et que les parties n'ont pas conclu de convention attributive de juridiction au titre des articles 17 et 18. D'autre part, il existe un régime particulier pour les contrats conclus par les consommateurs. L'article 5(1) permet souvent au professionnel d'éviter d'avoir à saisir les tribunaux du pays d'origine de son client, notamment dans les cas de non-paiement. Associée au principe de l'article 2 selon lequel la

position de repli consiste à poursuivre le professionnel devant les tribunaux de son domicile, cette règle est avantageuse pour le professionnel. Cet avantage disparaît néanmoins aux termes de l'article 5(3) et en matière délictuelle. Dans ces circonstances, le professionnel risque en effet d'être poursuivi à l'étranger. Par comparaison à l'approche adoptée aux États-Unis sur la base de l'affaire *Zippo*, les critères européens en matière délictuelle et d'obligations contractuelles offrent une plus grande certitude. En résumé, l'approche américaine est attrayante dans la mesure où elle établit une distinction entre différents types de sites Web, mais l'incertitude qui en découle est telle qu'elle ne peut être une alternative à l'approche européenne traditionnelle qui assure bien plus de certitude et de prévisibilité du point de vue juridique au fournisseur de biens ou prestataire de services.

L'article 17 de la Convention de Bruxelles est une mine d'or pour les opérateurs du commerce électronique, parce qu'il donne aux parties la liberté de choisir les tribunaux (d'un État contractant) compétents pour connaître des différends à naître des contrats. Les opérateurs feraient donc bien d'incorporer une clause attributive de compétences dans leur contrat et leurs conditions générales de vente. Une restriction importante est toutefois à noter. L'article 17 et toute convention attributive de juridiction conclue au titre de celui-ci ne peuvent annuler le régime particulier des contrats conclus par les consommateurs, ce qui désavantage grandement les opérateurs ainsi que les fournisseurs de biens ou prestataires de services. Cela les empêche de centraliser toutes les affaires contractuelles dans un seul tribunal de leur choix, ce qui aurait été très avantageux pour eux. En effet, pareille centralisation leur aurait donné un élément de prévisibilité et aurait donc réduit le coût des conseils juridiques et rendu l'assurance plus facile. Il n'est pas toujours évident de satisfaire aux exigences de l'article 17 dans le cadre du commerce électronique.

Le problème majeur auquel sont confrontés les fournisseurs de biens ou les prestataires de services est, en effet, la présence dans la Convention de Bruxelles d'un régime particulier d'attribution de compétence dans les situations impliquant des contrats conclus par les consommateurs.

Le Règlement de Bruxelles

L'article 5(1) précise désormais que, en matière contractuelle, le lieu de l'obligation qui sert de base à la demande est, pour la vente de marchandises, le lieu dans un État membre où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées et, pour la prestation de services, le lieu dans un État membre où les services ont été ou auraient dû être fournis. Cette précision est utile, même si le professionnel risque toujours d'être poursuivi devant les tribunaux du pays d'origine de son client. D'autre part, la nouvelle version ne précise pas le lieu de prestation d'un service en ligne. Voilà une occasion manifestement manquée.

L'amélioration la plus importante pour l'opérateur de commerce électronique apparaît à l'article 23 au sujet de la prorogation de compétence. Les concepts clés de l'ex-article 17 de la Convention de Bruxelles ont été conservés, mais l'alinéa 2 précise désormais que "*toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite*". Il s'agit là d'un progrès considérable pour le commerce électronique, qui permet à l'opérateur de s'appuyer, par exemple, sur le courrier

électronique et sur les contrats conclus par un simple clic (*click wrap contracts*). L'inconvénient de cette évolution est que l'effet primordial du régime particulier des contrats conclus par les consommateurs a été maintenu. L'amélioration est donc limitée aux domaines où les contrats ne sont pas conclus par les consommateurs. Le champ d'application des dispositions relatives aux contrats conclus par les consommateurs a même été élargi et les retombées négatives de ces dispositions pour les opérateurs de commerce électronique en sont donc augmentées.

Le projet de Convention de La Haye sur la compétence judiciaire et les décisions étrangères en matière civile et commerciale

Cet instrument en est toujours au stade de la discussion, mais ses principales dispositions ont déjà été rédigées et présentent de l'intérêt pour le commerce électronique. Elles ne semblent pas être particulièrement nuisibles au commerce électronique, mais il est regrettable que, par exemple à l'article 6, les obligations qui doivent être exécutées en ligne et d'autres aspects propres au commerce électronique n'aient pas été intégralement pris en compte.

La Directive sur le commerce électronique

Il y a lieu de mentionner un dernier instrument à cet égard, à savoir la Directive sur le commerce électronique. C'est un exemple de directive qui se concentre sur des questions de droit positif et qui suit la voie de l'harmonisation, sans toucher aux règles de droit international privé qui sont censées s'appliquer au moins aux problèmes qui ne sont pas visés par les règles complètement harmonisées. Ses dispositions ne sont donc pas particulièrement utiles dans ce contexte.

Choix de la loi applicable

Le principal instrument en ce qui concerne le choix de la loi applicable est la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (1980).

La Convention part du principe, énoncé à l'article 3, que les parties sont libres de choisir la loi applicable. L'article 3 ne soulève pas beaucoup de problèmes particuliers pour les contrats conclus dans le domaine du commerce électronique. Le seul problème majeur qui se pose eu égard à l'article 3 est la question de savoir si un contrat en ligne confirmé par courrier électronique ou un contrat conclu par un simple clic ou tout arrangement similaire et, plus précisément, la clause du contrat énonçant le choix de la loi applicable, peuvent ou non être considérés comme un consentement valable des parties quant au choix de la loi applicable à défaut de document écrit et signé.

À défaut de choix, au titre de l'article 4, c'est la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits qui s'applique. Celle-ci est présumée être la loi du pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat est établie.

L'article 5 traite des contrats conclus par les consommateurs dans trois cas de figure bien définis. Dans ces trois cas, il ne peut être dérogé aux dispositions impératives de la loi du pays de résidence habituelle du consommateur, qui s'appliquent à défaut de choix de la loi applicable par les parties. Cet article peut présenter de l'intérêt pour certains contrats dans le domaine du commerce électronique. Il convient de s'intéresser particulièrement au cas de figure impliquant

une offre publicitaire spécifique et/ou une proposition spécifique dont le consommateur est destinataire dans son pays et l'acceptation par celui-ci dans ce même pays. Il importe de se poser la question de savoir si un site Web constitue une publicité et/ou une proposition spécialement faite au consommateur dans le pays de résidence habituelle de ce dernier. Il ne fait pas de doute qu'un site Web interactif sur lequel le consommateur peut conclure un contrat avec le professionnel s'inscrit dans le champ d'application de ce concept si le consommateur accomplit tous les actes nécessaires dans sa résidence habituelle devant son ordinateur. À l'opposé, un site Web passif ne répond pas à cette définition puisqu'il n'y a pas de proposition spécifique et qu'il appartient au consommateur de prendre contact avec le professionnel par des moyens qui ne sont pas fournis par le site Web (non-interactivité). Du point de vue du professionnel, cette approche n'est pas souhaitable. Elle suscite en effet des incertitudes et, surtout, rend possible l'application de lois en matière de protection du consommateur différentes selon les contrats conclus par un même professionnel ; ce qui accroît inutilement les risques et les coûts.

Reconnaissance et exécution des décisions

Cette question souvent négligée est de la plus haute importance pour tout opérateur de commerce électronique, et surtout pour les petites entreprises. Une fois qu'une décision judiciaire a été obtenue, elle devrait être reconnue et exécutée n'importe où dans le monde, sans heurts et dans les plus brefs délais. Sinon, on court le risque que la justice ne soit finalement pas rendue. Les instruments dont on dispose actuellement dans ce domaine fonctionnent bien et l'évolution dans le sens d'un système encore moins lourd et quasiment automatique doit être encouragée.

Il convient également de songer à de nouveaux systèmes de règlement des litiges. Un système de règlement des litiges bien établi devrait comporter des garanties de mise en œuvre de ses décisions à l'échelle internationale. Pour les affaires résolues de cette façon, notamment lorsque les sommes impliquées sont assez modiques, cette procédure peut (avec un peu de chance) s'avérer plus fluide, moins longue et moins coûteuse qu'une procédure de reconnaissance et d'exécution d'une décision judiciaire dans plusieurs pays.

3. Compétence judiciaire et choix de la loi applicable aux litiges transnationaux concernant le droit d'auteur et les marques déposées

Droits d'auteur

Un certain nombre de thèmes importants mais non résolus sont à la base des litiges transnationaux concernant le droit d'auteur. Tout d'abord, on ne sait souvent pas très bien si un litige doit être classé dans la catégorie des ruptures de contrat ou des atteintes aux droits d'auteur. La détermination de cette question ne sera pas sans avoir d'incidence sur le choix de la compétence judiciaire et sur le choix de la loi applicable. Une deuxième question concerne les législations substantielles sur le droit d'auteur, qui diffèrent selon les États membres. L'actuel projet de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins

dans la société de l'information (le projet de directive sur le droit d'auteur) risque d'engendrer des disparités au niveau des législations des États membres au moment de sa mise œuvre pour ce qui concerne les actes qui constituent une atteinte aux droits d'auteur et ceux qui n'en constituent pas une. En troisième lieu, il semblerait qu'il y ait des incohérences entre les États membres quant à la possibilité de limiter par contrat les limitations/exceptions que l'on trouve actuellement dans les législations nationales. Ces questions sont examinées dans le cadre de la discussion portant sur un scénario bien défini, tout d'abord classé comme une rupture de contrat conclu par un consommateur, puis comme une rupture de contrat non conclu par un consommateur, et enfin comme une atteinte aux droits d'auteur.

Sur la base de l'analyse des parties un et deux du rapport, un certain nombre d'articles de la Convention de Bruxelles et du Règlement de Bruxelles sont discutés, notamment les articles 2 et 5(3). Cette discussion est suivie d'une autre discussion sur les règles de conflit potentiellement applicables de la Convention de Rome (où le litige est contractuel) et de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (où le litige est classé comme une atteinte aux droits d'auteur).

Cette partie du rapport met l'accent sur les éventuelles incohérences qui peuvent résulter des différentes catégorisations. Plus particulièrement, il est dit que, selon la catégorisation d'un litige, les limitations/exceptions qui se trouvent dans la législation sur le droit d'auteur (et qui doivent être harmonisées dans le projet de directive sur le droit d'auteur) peuvent être annulées par les clauses contractuelles fixées par les titulaires de droits d'auteur. Si les tribunaux des États membres adoptent des approches différentes face à un litige, le marché intérieur pourrait s'en trouver fragmenté.

La dernière section se penche sur les éventuels recours en cas de litiges concernant le droit d'auteur, en s'intéressant particulièrement aux problèmes que suppose l'utilisation d'interdictions transfrontalières.

Marques déposées

La deuxième section de cette partie du rapport se penche sur la question des litiges concernant les marques déposées utilisées dans le corps d'un site Web. En matière d'utilisation de marques déposées, les problèmes se posent entre deux professionnels lorsqu'ils utilisent des marques identiques pour des biens et services identiques, les mêmes marques ou des marques similaires pour les mêmes biens et services ou des biens et services similaires, et un signe similaire à une marque célèbre ou connue pour des biens et services différents, pouvant nuire à la réputation de la marque connue.

Le droit des marques est territorial tandis que les sites Web sont accessibles dans le monde entier. Le problème qui se pose eu égard au droit des marques consiste à savoir comment on pourrait permettre à deux opérateurs titulaires de marques concurrentes d'utiliser ces marques sur des sites Web alors qu'elles peuvent être disponibles dans des territoires sur lesquels il y a une marque déposée concurrente. Le droit communautaire prescrirait que le titulaire d'une marque dans le territoire d'un pays membre de l'UE peut faire valoir le droit des marques pour interdire l'utilisation de la même marque ou d'une marque similaire par un opérateur concurrent

dans le territoire où cette marque est déposée. Cependant, l'Internet ne respecte pas les frontières territoriales.

La discussion examine les règles juridictionnelles et les règles de conflit qui pourraient s'appliquer à ces litiges, et compare les règles juridictionnelles de la Convention de Bruxelles aux règles établies par la jurisprudence des États-Unis. Sur ce point, le rapport conclut que les règles européennes en vigueur sont préférables parce que, contrairement à la jurisprudence américaine, elles donnent aux PME la garantie d'une juridiction à même de connaître d'un litige. Une telle conclusion ne bénéficie pas du même niveau de garantie selon la jurisprudence qui se développe aux États-Unis.

Enfin, cette partie du rapport discute des mécanismes que l'on pourrait mettre en place pour permettre aux marques déposées, qui appartiennent à des opérateurs indépendants, de coexister sur l'Internet. Deux possibilités sont exposées. La première porte sur l'utilisation d'une marque sur un site Web et suggère que, si les tribunaux nationaux estiment que la simple disponibilité d'une marque sur un site Web *passif* ne constitue pas une infraction dans un territoire déterminé, il n'y a alors pas contrefaçon. Toutefois, en ce qui concerne les sites Web *actifs*, la disponibilité d'une marque concurrente sur un site peut équivaloir à l'utilisation dans un territoire déterminé. La deuxième possibilité concerne l'utilisation de déclarations de non-responsabilité et suggère que, lorsque des marques déposées font l'objet de droits concurrents légitimes, l'utilisation judicieuse de déclarations de non-responsabilité pourrait permettre à ces marques de coexister. Toutefois, l'analyse préconise de se montrer prudent de crainte que l'utilisation de telles déclarations n'engendre un comportement anti-concurrentiel et/ou des restrictions commerciales déguisées. Le rapport indique également que l'OMPI a joué un rôle actif dans ce domaine et souligne les domaines qui font actuellement l'objet de discussions plus approfondies.

4. L'exigence en matière de substance et de proportionnalité dans les domaines couverts par les règles du Traité sur le marché intérieur

Affaires visées par le Traité

Tant la directive sur le commerce électronique que le Règlement de Bruxelles (mais pas la Convention de Bruxelles) sont le fruit du travail des institutions européennes et sont donc soumis au droit communautaire. Le lieu d'exécution des actes de commerce électronique et le droit international privé soulèvent un certain nombre de questions dans le contexte du marché intérieur qu'il faut aborder et examiner afin de bien comprendre les questions soumises à discussion.

Au titre des règles du Traité régissant le marché intérieur, le commerce électronique relève essentiellement du chapitre consacré aux services (articles 49 à 55) bien qu'il puisse donner lieu à la conclusion de contrats visés par le chapitre sur la libre circulation des marchandises (articles 23 à 31). Il s'agit là de deux des "quatre libertés" reconnues expressément par le Traité instituant la Communauté européenne avant Maastricht comme étant les "fondations de la Communauté" (Partie deux du Traité, comprenant les articles 9 à 84) et donc au cœur même de

l'établissement du marché commun/intérieur. Le marché intérieur n'est toutefois pas encore achevé, et il reste donc la possibilité d'une dérogation nationale aux règles du Traité dans les situations (a) où le Traité lui-même le prévoit expressément, (b) où la législation communautaire le prévoit expressément, et (c) où la jurisprudence de la Cour de Justice le reconnaît.

La possibilité d'une dérogation nationale aux règles du Traité peut être exclue en harmonisant la législation adoptée au titre de l'article 94 ou 95. L'exclusion de cette possibilité dépend de la législation d'harmonisation, c'est-à-dire si celle-ci vise et produit ou non une harmonisation complète dans le domaine en question. La directive sur le commerce électronique est manifestement et expressément un exercice d'harmonisation minimale, et les États membres ont donc toujours des pouvoirs de dérogation. Dans le contexte du commerce électronique, il risque surtout d'y avoir des dérogations en vertu de la législation nationale qui protège, ou prétend protéger, le consommateur.

Les entraves évidentes à la libre prestation des services de la société de l'information devront être traitées de la façon suivante. Tout d'abord, si les règles nationales en question satisfont aux critères établis dans l'arrêt *Keck* de 1993 de la Cour de Justice, elles ne constituent pas des entraves au sens des articles pertinents du Traité et peuvent donc continuer de s'appliquer. Deuxièmement, si elles ne répondent pas auxdits critères *Keck*, elles constituent des entraves mais peuvent toujours être maintenues au titre des dispositions du Traité relatives aux exceptions spécifiques ou au nom de la "règle de raison" développée dans la jurisprudence de la Cour. Les tests analytiques à employer sont désormais similaires, que la libre circulation des marchandises ou la libre prestation des services soit en jeu ou non. Une fois de plus, la "règle de raison" la plus susceptible d'intervenir dans ce contexte correspond à la protection du consommateur et, plus précisément, aux questions afférentes à la publicité et à la promotion. Il y a un certain nombre de directives dans ce domaine qui sont expressément "sauvées" par la directive sur le commerce électronique ; la question devient alors véritablement un test d'équivalence : la législation relative à la protection du consommateur en vigueur dans l'État membre d'origine (qu'elle existe de manière autonome dans le droit national ou qu'elle soit la conséquence de la transposition d'une directive) à laquelle le prestataire de services est soumis offre-t-elle le même niveau de protection au consommateur que la législation de l'État membre du destinataire. Il conviendra également de se pencher sur les questions de justification objective et de proportionnalité.

Outre les dispositions du Traité sur la libre circulation des marchandises et des services, les règles de concurrence du Traité peuvent aussi entrer en jeu. Tout accord entre prestataires de services fixant les prix ou les débouchés ou imposant des conditions commerciales discriminatoires peut être pleinement en infraction à l'article 81 ; un comportement unilatéral similaire d'un prestataire important (en "position dominante") peut violer l'article 82. Dans le cadre particulier de ce document, il est important de se poser la question de savoir si un prestataire peut refuser de faire affaire avec quelqu'un afin d'échapper, en cas de litige contractuel, à la possibilité d'être traduit en justice dans l'État membre de son client. Il est indiqué qu'un tel refus peut parfaitement constituer une violation de l'article 82, et que ce sont les plus grands prestataires (ou créneaux) qui y sont le plus enclins.

5. Résumé des parties un à quatre du rapport accompagné de suggestions quant à la question de savoir si l'harmonisation des règles de procédure pourrait être possible, ou s'il serait préférable d'harmoniser davantage les règles substantielles, notamment en ce qui concerne les règles relatives à la protection du consommateur

Harmonisation des procédures

Il ne semble pas approprié ce stade de mettre en œuvre d'autres réformes au plan des règles de procédure en matière de compétence judiciaire. Le Règlement de Bruxelles a fait l'objet de longues discussions approfondies pendant sa période de gestation et n'entrera pas en vigueur avant mars 2002. Le Règlement comprend une clause de révision à l'article 68. Il est peut-être temps de se poser la question de savoir si d'autres réformes sont nécessaires dans ce domaine.

En ce qui concerne le choix de la loi applicable, les progrès par rapport à Rome II semblent en être, pour le moment, au point mort. Ceci peut être dû, en partie, au débat véhément dont a été entouré le Règlement de Bruxelles. Toute proposition de modification de la Convention de Rome fera sans nul doute l'objet de la même hystérie. Il semble toutefois surprenant que le nouveau Règlement de Bruxelles ait une définition des contrats conclus par les consommateurs différente de celle de la Convention de Rome. L'article 5 pourrait avoir à être aligné sur l'article 15 du Règlement de Bruxelles pour faciliter une jurisprudence parallèle en ce qui concerne les consommateurs en droit de saisir leur propre juridiction et de faire valoir la législation de leur propre pays.

On pourrait discuter de la possibilité d'instaurer un processus de reconnaissance et d'exécution des décisions simplifié du point de vue administratif pour les parties effectuant des opérations de commerce électronique. Un groupe de conseillers juridiques associé à des associations de consommateurs pourrait apporter une aide dans ce domaine ; approche qui peut avoir le mérite d'alléger le poids qui pèse tant sur le consommateur que sur le professionnel et, ainsi, de réduire le risque de fragmentation du marché intérieur.

Nouveaux systèmes de règlement des litiges

Le rapport sur les consommateurs et celui portant sur les professionnels mettent l'accent sur la nécessité d'un système de règlement efficace des litiges auquel on pourrait avoir recours au lieu de saisir les juridictions compétentes. La CE a déjà fait des progrès considérables à cet égard, et il semble qu'elle continue à évoluer rapidement dans cette voie.

Autres points

Un certain nombre d'autres points se sont fait jour dans le rapport susmentionné, et il serait utile d'y apporter quelques précisions ou d'effectuer des recherches plus approfondies à leur sujet.

1. La protection accordée aux consommateurs qui effectuent des opérations de commerce électronique ne devrait pas être *moins importante* que celle applicable aux autres transactions effectuées par les consommateurs. Du point de vue des politiques, il peut y

avoir de bonnes raisons d'offrir une *plus grande* protection aux consommateurs sur l'Internet. La politique des gouvernements nationaux et de l'UE consiste à faire augmenter le nombre de participants dans ce domaine, ce qui permet de penser que le plupart de ceux qui vont passer des contrats avec des professionnels dans les mois et années à venir seront des novices en ce qui concerne les achats en ligne. Il pourrait donc être recommandé d'assurer une protection supplémentaire à ces participants, tout du moins jusqu'à ce que ce qu'ils soient nombreux à s'être familiarisés avec la technologie et à bien en mesurer les risques.

2. Un professionnel sur l'Internet qui ne souhaite pas prendre le risque d'être soumis aux lois d'autres États membres peut refuser de faire affaire avec un consommateur dans un territoire déterminé. Toutefois, si ce professionnel est en position dominante, un tel refus peut le faire tomber sous le coup des implications du droit de la concurrence en matière d'abus de position dominante. En outre, un tel comportement peut entraîner la fragmentation du marché intérieur.
3. Le fait de chercher à garantir l'absence d'effets de distorsion sur le marché intérieur peut éventuellement engendrer des conflits entre marques et entre les territoires dans lesquels le professionnel exerce son activité ou refuse de le faire. Si une marque présente sur un site Web contrefait une marque déposée dans un autre territoire, il est possible que l'opérateur ait une excuse pour ne pas exercer dans ce territoire particulier. Il convient de bien étudier la mesure dans laquelle un tel refus est véritablement lié au souci de ne pas porter atteinte à une autre marque, par opposition au désir de ne pas être soumis aux lois d'un autre État, tout comme la mesure dans laquelle un tel comportement peut entraîner la fragmentation du marché intérieur.
4. Les diverses mesures destinées à harmoniser les règles manquent de clarté quant à la définition du lieu d'exécution de la prestation de services ou de la livraison de marchandises. On pourrait aussi bien penser qu'il s'agit du lieu où se trouve le fournisseur/prestataire que du lieu où se trouve le consommateur. Des précisions sur ce point seraient les bienvenues.
5. Le contenu des sites Web actifs et "l'utilisation d'une marque" sur l'Internet peuvent donner lieu à d'éventuels conflits. L'utilisation de marques sur l'Internet peut entraîner une situation de confusion et de chevauchement des règles, puisqu'il peut être question, d'une part, de contrefaçon et, d'autre part, de compétence judiciaire. Si la question de "l'utilisation" d'une marque dans un territoire déterminé est liée à celle de la compétence judiciaire dans le cadre d'un site Web "actif", les tribunaux pourraient alors être amenés à se déclarer incompétents à moins qu'il y ait eu une "utilisation active" dans le territoire en question.
6. Suite à l'affaire de la CJCE *Océano Grupo Editorial SA contre Murciano Quintero*, on ne sait pas très bien dans quelle mesure une clause attributive de compétence d'un contrat conclu avec un consommateur et imposant à ce dernier de poursuivre dans un État différent du sien pourrait être limitée par la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs au titre de l'article 15. Il serait utile d'apporter des précisions sur ce point.
7. En ce qui concerne le choix de la loi applicable, les règles de procédure de certains États membres (tels que le Royaume-Uni) exigeraient du consommateur qu'il apporte la preuve d'une loi étrangère, dans le cas où ce serait la loi d'un autre pays qui devrait s'appliquer dans des circonstances particulières. Il est indiqué que cette obligation constituerait un tel poids pour le consommateur qu'il ne serait bien souvent pas rentable d'engager une procédure lorsque c'est une loi étrangère qui s'applique au litige.

8. Le champ d'application des dispositions impératives, qui touchent les professionnels, les consommateurs mais aussi les litiges concernant le droit d'auteur, est incertain. Des précisions dans ce domaine seraient utiles au cas où les juridictions d'un État membre seraient saisies d'une affaire semblable.
9. L'approche américaine en ce qui concerne la définition de la compétence judiciaire en fonction de la nature et de la qualité des contrats n'a pas été acceptée comme alternative à l'approche européenne. Il semblerait que les professionnels préfèrent l'approche européenne en raison de sa prévisibilité. Il semblerait également que les consommateurs soient plus favorables à l'approche européenne.
10. Les professionnels semblent se féliciter de la disposition de l'article 23 du Règlement de Bruxelles qui a pour effet de leur permettre de s'appuyer sur le courrier électronique et les contrats conclus par un simple clic, considérés comme revêtant une forme écrite.
11. Les professionnels (et les consommateurs) ne sont pas satisfaits des dispositions du Règlement de Bruxelles concernant la compétence judiciaire en matière de contrats conclus par les consommateurs (articles 13 à 15). En effet, les professionnels tout comme les consommateurs se déclarent préoccupés par le manque de clarté des articles et par l'incertitude quant à l'ampleur de leurs retombées sur les transactions réalisées par les consommateurs.
12. L'étude portant sur le droit d'auteur a soulevé quelques questions particulières. Il semble n'y avoir aucune règle ferme, ce qui pourrait laisser penser qu'un litige afférent en substance à une atteinte aux droits d'auteur pourrait être considéré soit comme une rupture de contrat soit comme une atteinte aux droits d'auteur. On suggère de poursuivre les travaux dans ce domaine de manière à clarifier les questions soulevées.
13. Il serait bon de poursuivre l'harmonisation dans le domaine de la protection du consommateur. Toutes les mesures prises seraient mieux mises en œuvres si elles l'étaient dans des délais raisonnables, laissant ainsi du temps pour la réflexion et l'élaboration d'un ensemble de principes cohérents à même d'être acceptés dans toute la Communauté.