

Le monde virtuel met au défit les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberspace⁺

Xavier VAN OVERMEIRE*

Lex Electronica, vol. 13 n°1 (Printemps / Spring 2008)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/vanovermeire.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/vanovermeire.pdf>

INTRODUCTION	2
PREMIÈRE PARTIE : B TO B	3
I. LES RÈGLES TRADITIONNELLES DE CONFLIT DE LOI À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE (B TO B).....	3
A. <i>L'Election de droit – electio juris</i>	3
B. <i>Rattachements subsidiaires</i>	5
1) <i>La lex loci actus</i>	5
2) <i>La loi qui présente les liens les plus étroits</i>	6
C. <i>L'intrusion du droit matériel uniforme - les contrats électroniques de ventes de marchandises</i>	9
D. <i>De la théorie à la pratique : les contrats rencontrés sur la toile</i>	10
1) <i>Contrat de prestations de service en ligne</i>	10
2) <i>Contrat lié à la création et à la promotion d'un site</i>	11
3) <i>Contrat d'hébergement</i>	11
4) <i>Contrat de référencement</i>	11
5) <i>Contrat de nom de domaine</i>	12
II. LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FACE AU DROIT COMMUNAUTAIRE (DIRECTIVE 2000/31/CE).....	12
A. <i>L'objectif du législateur Européen et le champ d'application de la directive 2000/31/CE</i>	13
B. <i>La composition de la directive 2000/31/CE</i>	14
C. <i>La clause du pays d'origine</i>	15
1. <i>Interprétation de l'article 3 et sa conciliation avec l'article 1 § 4</i>	16
2. <i>De la théorie à la pratique</i>	18
D. <i>Le droit communautaire est-il créateur de règles de conflit de loi ?</i>	20
DEUXIÈME PARTIE : B TO C	21
I. LA PROTECTION PARTICULIÈRE DU CONSOMMATEUR DANS LES OPÉRATIONS DE E-COMMERCE EN VERTU DE L'ARTICLE 3117 DU CCQ ET DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION DE ROME DU 19 JUIN 1980.....	22
A. <i>La doctrine</i>	24
B. <i>La jurisprudence américaine : le test « Zippo »</i>	24
C. <i>La réaction du législateur communautaire</i>	26
II. LA PROTECTION DU CONTRACTANT EN VERTU D'UNE LOI IMPÉRATIVE (ART. 3079 CCQ ET ART.7 DE LA CONVENTION DE ROME).....	28
CONCLUSION	30

⁺ L'auteur remercie particulièrement le professeur Gérald Goldstein, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses précieux et judicieux conseils ainsi que le comité scientifique de la revue pour la précision et la richesse de ses commentaires en vue de cette publication.

^{*} Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Tournai. Courriel : x.van.overmeire@avocat.be.

INTRODUCTION

Le cyberspace transcende les frontières du monde physique dans lequel nous vivons et pose la question de la loi applicable, lorsqu'un élément d'extranéité, si souvent présent, apparaît à la naissance d'un différend.

L'extension du commerce électronique dans ses aspects transfrontaliers ne manque pas de susciter la question de son encadrement et de sa régulation juridique au plan international. Malgré les efforts louables accomplis ces dernières années, cet encadrement et cette régulation sont loin d'être complets. L'entreprise offrant ses produits ou ses services sur son site web va se trouver souvent confrontée à la réalité de l'existence d'Etats Nations avec leurs législations diverses et parfois contradictoires. Se posera inmanquablement la question de la désignation du droit applicable aux contrats conclus dans un environnement « virtuel » et pour lesquels les règles de conflits de lois des Etats Nations ne sont dans l'ensemble pas encore suffisamment adaptées à des opérations se révélant être essentiellement immatérielles.

Le Droit International Privé (ci-après « DIP ») garde encore à ce jour et ce, malgré la signature de multiples traités en matière de conflits de lois, un caractère essentiellement national, basé sur le principe dit de la « TERRITORIALITE » des droits nationaux. Au sens formel, la territorialité désigne le réseau d'autorités et de juridictions de l'Etat dont la règle émane (force obligatoire de la loi) et au sens matériel, qui nous intéresse le plus ici, le principe selon lequel une règle de droit s'applique aux faits localisés (réellement ou par le biais d'un rattachement) sur le territoire de l'Etat à l'ordre juridique duquel la règle appartient (applicabilité de la loi).

Face à des situations d'extranéité ou à implication transfrontalière, le DIP national ayant force obligatoire dans chaque Etat va donner à l'autorité ou au juge territorialement compétent une « boîte à outils » constituée de règles de conflits de lois lui permettant de désigner la loi applicable à un contrat, une situation de fait ou un litige d'ordre privé présentant une connotation internationale. Fort heureusement pour le commerce international et le commerce électronique en particulier, ces « boîtes à outils » nationales encore fort traditionnelles ont été complétées par divers textes internationaux et/ou plurinationaux (ex : droit européen) dont il sera question ci-après et permettant une meilleure adaptabilité des règles de DIP et des règles de conflits de lois à l'évolution du droit des affaires.

La présente étude comparée est articulée en deux parties et entend clarifier la loi applicable à un contrat conclu dans sa globalité par la voie cybernétique.

La première partie aura pour objet les contrats purement commerciaux (B to B, business to business) tandis que la seconde aura pour objet les contrats mettant en présence un commerçant et un consommateur (B to C, Business to Consumer).

Dans cette première partie, nous examinerons les règles de rattachement en matière contractuelle et nous évaluerons les difficultés rencontrées par la transposition de ces facteurs au cyberspace. Le principe de l'autonomie de la volonté sera abordé comme principe gouverneur de la matière et nous commenterons l'intervention du législateur européen à travers la directive sur le commerce électronique.

Les points nébuleux relevés en préambule de cette étude sont autant de raisons qui justifieront nos questions et réflexions.

La deuxième partie traitera de la particularité des contrats entre professionnels et consommateurs. Il conviendra d'examiner la transposition des règles de protection actuelles face à l'évolution des nouvelles technologies.

PREMIÈRE PARTIE : B TO B

I. LES RÈGLES TRADITIONNELLES DE CONFLIT DE LOI À L'ÉPREUVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE (B TO B)

Tout d'abord, il convient de préciser que la présente étude, ayant pour objet l'analyse de la loi applicable en matière contractuelle dans un environnement cyber spatial, sera illustrée à de nombreuses reprises par le contrat de vente. Celui-ci a été préféré à d'autres contrats dès lors qu'il rend compte, avec plus d'évidence que d'autres de la transposition parfois difficile des règles de rattachement dans le monde virtuel.

Dans un premier temps, nous étudierons les facteurs de rattachement fondés sur le principe de l'autonomie de la volonté pour ensuite aborder l'application des règles de rattachement subsidiaires lorsque les parties n'ont pas usé de leur liberté de choix d'un droit applicable. En outre, il se peut que certains facteurs de rattachement applicables au monde physique s'accommodent mal au monde cybernétique.

A. L'Élection de droit – *electio juris*

L'autonomie de la volonté en DIP, à la distinction de sa notion civiliste, est encore plus étendue. En effet, celle-ci confère aux parties la possibilité de localiser leur rapport dans l'ordre juridique de leur choix. Même si on peut penser que l'autonomie de la volonté, « principe quasi universel¹ » coule de source en matière contractuelle, il n'en a pas toujours été ainsi. Aux Etats-Unis² par exemple, ce principe ne fut concrétisé que récemment d'une part, par la Cour Suprême et d'autre part, par le Code de Commerce Uniforme³.

Cette consécration, quoique universellement partagée, n'en demeure pas absolue. A l'instar du droit interne, les règles impératives⁴ ou d'ordre public⁵ conservent leur opposabilité. On constate

¹ Voir notamment ; N. WATTE, « L'autonomie de la volonté dans la Convention de La Haye », (1991) *Rev. b. dr. intern.* 413 – 437.

² « ... en droit américain où les règles de conflits de loi sont de la compétence de chacun des états fédérés, les tribunaux ont longtemps rejeté le principe du libre choix par les parties de la loi applicable. Cependant, les principes d'autonomie ont depuis été reconnus par la cours suprême. » F. JACQUOT, B. WEITZEL, « Le règlement des litiges », dans D. POULIN, É. LABBÉ, F. JACQUOT, J.-F. BOURQUE, *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, pp 346.

³ « ... adopté et par tous les états de la fédération, sauf la Louisiane, avec néanmoins l'exigence qu'il existe un line suffisamment étroit entre la loi choisie et la Convention. » *Id.*, pp 346.

⁴ Règle impérative ou d'application immédiate a pour but de protéger un intérêt (en général la partie la plus faible), en écartant le jeu normal de la règle de rattachement au profit de l'application immédiate de disposition de droit belge à une situation juridique déterminée, quant bien même celle-ci comprendrait un élément d'extranéité. X. VAN OVERMEIRE, *Cours de droit international privé*, EPHEC, Bruxelles, 2006, p 19.

⁵ En droit international privé, on parlera plutôt d'ordre public international pouvant mettre en échec l'application de la loi choisie par les parties. VOY. Arrêt *Belisle National Leasing c. Bertrand* [1991] R.J.Q. 194 (C.S.)

à ce propos que l'autonomie de la volonté est bien souvent menacée par l'ampleur grandissante de ces lois d'application immédiate et d'ordre public.

En 1994, le législateur québécois abandonne la « *lex loci actus* »⁶ et opte pour une conception subjectiviste du DIP donnant ainsi toute puissance au principe d'autonomie de la volonté par le truchement de l'article 3111 du Code civil du Québec (C.c.Q.)⁷.

Comme déjà annoncé, ce principe de libre choix du droit applicable par les parties se retrouve dans de nombreux textes nationaux⁸ et internationaux telle que la Convention de Rome en son article 3.1⁹.

Le codificateur québécois impose donc le choix express de la loi par les parties et exclut toute désignation qui n'est pas clairement identifiable à la lecture de l'acte¹⁰.

Au vue de l'objet de cette étude, l'élection de droit nous paraît être un critère tout à fait séduisant par le fait qu'il répond à l'impératif de sécurité juridique dans les transactions cybernétiques. Cette liberté de choix offerte aux parties est un atout non négligeable lors des contrats conclus en ligne où la localisation géographique est moins aisée, voir parfois ardue.

Ceci reste vrai à la condition essentielle que le choix de la loi applicable résulte d'un consentement échangé, et non du choix imposé par la partie forte à la partie faible.

Dans le domaine du commerce électronique, il demeure dans l'intérêt des parties que toute entreprise contractuelle soit bâtie sur une connaissance certaine par les parties des dispositions régissant le contrat. Par conséquent, il est nécessaire qu'il s'agisse de clauses particulières ou générales (telles que des conditions générales) que celles-ci soient rendues accessibles par un lien hypertexte visible et permanent durant l'entreprise contractuelle et « d'une manière qui permette de les conserver et de les reproduire »¹¹.

On peut également se demander si une clause de choix de la loi dans un contrat d'adhésion¹² peut être valide. Même si la question revêt une importance particulière dans l'étude des contrats entre

⁶ Commentaires du Ministre de la justice sur l'application de la réforme du code civil du Québec (extrait), Montréal, Dacfo, 1993, pp 1034.

⁷ L'article 3111 C.c.Q. dispose que « l'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte. »

⁸ Voir notamment art. 13 du Dahir du 12 août 1913 « Les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer. »

⁹ Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles conclue à Rome.

¹⁰ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé – Tome 1 – Théorie générale*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Yvon Blais, 2003, n° 352, p. 480 et s.

¹¹ Un tribunal ontarien, a dû se prononcer sur un recours intenté par 2 utilisateurs de MSN qui contestaient l'opposabilité d'une clause d'élection de for à laquelle ils n'avaient pas consenti. Le juge Winkler n'a pas accepté ni considéré que le support informatisé réduisait la prise de connaissance et a constaté que « *The structure of sign-up procedure is such that the potential member is presented with the terms of membership twice during the process and must signify acceptance each time.* » *Ruddler c. Microsoft Corporation*, 1999, O.J. n° 3778 ; voir également l'art. 10 al. 3 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹² Contrat conclu entre deux parties dont l'une ne peut discuter des différentes clauses et n'a que la liberté d'accepter ou de refuser le contenu global de la proposition de convention.

professionnels et consommateurs¹³ en raison de la protection que le législateur accorde à ces derniers, on peut constater que les acheteurs professionnels, parfois en situation d'infériorité, ne sont protégés par aucune disposition de DIP.

En définitive, et à l'exception des contrats type et d'adhésion¹⁴ qui pour la plupart s'applique à la vente de biens de consommation, la liberté contractuelle du cybernaute reste précieuse et d'un point de vue global la sécurité juridique s'en trouve accrue.

B. Rattachements subsidiaires

La liberté contractuelle est un principe incontournable en DIP. Néanmoins, lorsque cette liberté, les parties n'ont pas souhaité l'exercer ou que la clause de choix de la loi n'est pas autorisée ou inefficace¹⁵, des règles de rattachement subsidiaires détermineront la loi applicable au contrat.

Ces règles de rattachement subsidiaires ont évolué avec le temps lors de la révision de 1994. Le codificateur québécois a partiellement abandonné¹⁶ un critère de rattachement (la loi du lieu de conclusion « *lex loci actus* ») pour en adopter un autre : la loi ayant les liens les plus étroits.

1) La *lex loci actus*

Si le lieu de conclusion de l'acte comme facteur de rattachement a été jusqu'en 1994 le critère de rattachement de référence, on ne le retrouvera, après la réforme, qu'en arrière plan à l'article 3109 C.c.Q. qui dispose que « la forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé. »

A l'alinéa 2 du même article, le législateur québécois crée d'autres règles qui ont comme vocation de sauver la validité formelle de l'acte¹⁷. On retiendra néanmoins que seule la non-conformité à la loi du lieu de conclusion pourra invalider l'acte.

La détermination du lieu de conclusion ne peut se faire sans avoir fixé avec précision le moment de la conclusion. Sur ce point, le législateur québécois a retenu la théorie de la réception selon laquelle le contrat est conclu entre personnes physiquement éloignées au moment où l'acceptation parvient à l'offrant au lieu où elle doit lui parvenir pour qu'il puisse en prendre connaissance¹⁸.

¹³ Renvoi à la partie 2 de la présente étude

¹⁴ Sur les contrats d'adhésion, voir notamment J.L.BAUDOUIN et P.G. JOBIN, *Les obligations*, 5^{ème} éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 197.

¹⁵ « Les législateurs de certains états comme l'Égypte, le Soudan, les Emirats Arabes Unis invalident certaines clauses lorsque le contrat porte, notamment, sur des immeubles. Dans une telle situation, seul la loi du lieu de situation des immeubles est applicable. » F. JAQUOT et B. WEITZEL, *loc. cit.* note 2, p.351.

¹⁶ L'article 8 du Code civil du Bas Canada réservait une place de premier rang à la « *lex loci actus* ».

¹⁷ Art. 3109 al.2 C.c.Q.: « Est néanmoins valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés les biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte. »

Voir également art. 9 al. 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 « un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi d'un de ces pays. »

¹⁸ Art.1387 C.c.Q.

Le moment de conclusion du contrat¹⁹ conclu sur le net peut s'interpréter comme le moment où l'acceptation de l'offre arrive et est stockée dans la boîte courriel de l'offrant et dès lors devient accessible à l'offrant afin qu'il puisse en prendre connaissance « lorsqu'un client fait parvenir son acceptation par courrier électronique, ... elle n'est pas déposée dans l'ordinateur de l'interlocuteur mais plutôt à l'adresse numérique du serveur qui abrite le compte de l'utilisateur du destinataire... »²⁰.

Ainsi, cela permet au destinataire de l'acceptation de prendre connaissance de cette acceptation en se connectant à partir de n'importe quel serveur, autre que celui de son fournisseur d'accès.

Peut-on dès lors faire le lien matériel comme le suggère Etienne Dubuisson²¹ entre le lieu où se trouve le terminal utilisé par le destinataire pour prendre connaissance de l'acceptation et le lieu de formation du contrat ?

Adopter une telle position anéantirait toute prévisibilité dans le chef des contractants quant à la bonne forme que doit revêtir le contrat choisi par les parties. De plus, au contraire de ce que le législateur a recherché lorsqu'il opta pour un tel critère, la loi déterminée pourrait n'avoir qu'un lien très éloigné avec la situation contractuelle qu'elle tend à régir sur la forme.

En l'espèce, on pourrait se demander si un critère de rattachement tel le principe de proximité pour déterminer la loi applicable quant à la forme ne serait pas plus adéquat. En d'autres termes, si le mécanisme de l'article 3112 C.c.Q. ne pourrait être élargi à la forme de l'acte tout en conservant l'alinéa 2 de l'article 3109 C.c.Q. (nécessaire pour sauver la validité de l'acte).

Une autre hypothèse consisterait à la création de règles matérielles uniformes, à l'instar de certaines règles européennes contenues dans la directive sur le commerce électronique²², qui influeraient sur la forme des cybers contrats. On peut d'ailleurs s'interroger sur le développement futur de la *lex electronica* en ce sens. Ceci aurait le mérite de mettre fin au débat relatif à l'inadéquation du lieu de conclusion comme facteur de rattachement applicable au cyber espace.

2) La loi qui présente les liens les plus étroits

Au contraire du critère de rattachement examiné ci-avant, le facteur dit de « proximité » est un facteur souple laissant un large pouvoir au juge dans la détermination de la loi applicable. Ce facteur de rattachement occupe une importance toute particulière puisqu'il détermine la loi applicable quant au fond de l'acte juridique. Par l'application de ce facteur, le tribunal recherchera le « centre de gravité des opérations contractuelles » en examinant divers indices liés de plus ou moins près à l'acte juridique tels que : le lieu d'exécution de l'obligation, le lieu de conclusion du contrat, le domicile de l'acheteur ou du vendeur, la nationalité de l'acheteur ou du vendeur, la monnaie de paiement utilisée, la langue employée, etc. Il s'agira pour le tribunal de relier les éléments factuels au droit de l'état auquel ceux-ci sont étroitement liés.

¹⁹ Voir notamment à ce propos V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, 2^{ème} éd., Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2002, p.127 et s.

²⁰ S. GUILLEMARD, *Impact du nouvel environnement en matière de liberté contractuelle*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Laval, 2003, Chap. I, p.35. <http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565-Introduc.html>.

²¹ E. DUBUISSON, « La personne virtuelle : proposition pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique », (1995) D.I.T 4, p. 6.

²² Dir. (CE) n° 2000/31 du Parlement Européen et du Conseil, du 18 juin 2000, concernant le commerce électronique, J.O.C.E., n° L 178 du 17 juillet 2000. (ci-après « Directive (CE) n°2000/31 »)

La méthode indiciaire, telle qu'évoquée à l'article 3112 C.c.Q., devrait être plus facilement transposable au commerce électronique. Seuls certains indices qui bénéficient d'une opportunité manifeste dans le monde physique devraient être écartés²³ en raison de leur inadéquation au commerce électronique.

Par exemple, lors d'une vente de logiciel exécutée entièrement en ligne, les indices tels le lieu de conclusion du contrat, le domicile des parties, le lieu d'exécution du contrat pourraient ne pas être déterminables et ne pas être révélateurs d'une quelconque proximité avec le contrat. Au contraire, des indices tels que la langue employée si géographiquement située ; la nature ou les spécificités techniques du produit ; l'éventuelle promotion locale du vendeur réalisés par d'autres moyens de communication (télévision, radio, presse) ; le centre d'affaire (téléphones locaux, adresses locales); le service après vente ; la monnaie utilisée si géographiquement limitée conserveront une certaine importance.

A côté de ceux-ci, d'autres indices propres au domaine du cyberspace pourraient éclairer le tribunal sur la loi qui présente les liens les plus étroits. On peut songer notamment au nom de domaine du web site utilisé par le vendeur et plus particulièrement à l'indice relatif à son extension géographique si géographiquement limité ; l'adresse de courriel de l'acheteur ou du vendeur lorsqu'elle renseigne l'extension géographique ou le fournisseur d'accès ; les coordonnées relatives à l'enregistrement du website du vendeur, si toutefois elles sont publiques ; la localisation du serveur utilisé pour prendre connaissance de l'acceptation du destinataire de l'offre.

Ces différents indices, propres au commerce électronique, associés aux indices plus communs dont l'utilisation n'est pas entravée par la dématérialisation de l'opération effectuée en réseau pourraient guider le juge vers la loi qui présente les liens les plus étroits.

Force est néanmoins de constater que cette dématérialisation de l'objet du contrat rend inmanquablement plus difficile et périlleuse la recherche de la loi appropriée. De sorte qu'il n'est pas impossible qu'en raison de cette difficulté et de l'inefficacité de certains critères, le juge applique son propre droit « because that is the law it's more familiar with »²⁴. Or ce droit, certes plus familier pour le juge, risque de n'avoir qu'un lien très éloigné avec le litige. Cette situation conduit inmanquablement à l'arbitraire, mettant à mal une certaine prévisibilité dans les transactions cybernétiques.

Nous gardons en mémoire l'article 3082 C.c.Q. qui mettra en échec toute loi dont il est manifeste qu'elle ne présente qu'un lien éloigné avec la situation contractuelle²⁵.

D'autre part, afin de réduire sensiblement²⁶ le pouvoir de discrétion laissé au juge et de permettre une certaine prévisibilité dans les opérations contractuelles lorsque les parties ne font pas le choix

²³ "If the American later sues for witch contract, the factors that the court will consider in determining the law to apply may leave it enable to do so. The place of contract, the place of negotiations and the place of performance are all in cyberspace." G. FERRERA *et al.*, *Cyberlaw : Text and cases*, Cincinnati, West/Thomson Learning, 2001, p. 353.

²⁴ *Id.*, p. 353.

²⁵ Art 3083 C.c.Q. : « A titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre Etat. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique. »

d'une loi applicable, le législateur québécois à l'instar de l'article 4 alinéa 2 de la Convention de Rome guidera par un jeu de présomptions le tribunal dans l'appréciation de la proximité. De sorte que l'article 3113 C.c.Q. dispose que « les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement ».

La proximité sera dès lors présumée avec la loi du débiteur de la prestation dite « caractéristique ». Il s'agira d'identifier la prestation caractéristique de chacun des contrats. La loi suisse²⁷ nous donne quelques exemples de prestations caractéristiques qui pourraient être suivies en droit québécois ; « par prestations caractéristiques, on entend notamment ; la prestation de l'aliénateur dans les contrats d'aliénation ; la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit ; la prestation de service dans le mandat ; le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service ; ... »

Nous reviendrons plus en détails sur la détermination de la prestation caractéristique lorsque nous aborderons certains contrats propres au commerce électronique.

L'article 3113 C.c.Q. au comparé de l'article 3112 C.c.Q. doit se lire comme une incitation adressée au tribunal à rechercher d'abord la loi du débiteur de la prestation caractéristique.

Cependant, s'il y a impossibilité de déterminer le débiteur de cette prestation caractéristique ou s'il n'y a qu'un lien éloigné entre la loi obtenue et le contrat, la méthode de recherche par indices guidera le tribunal dans la loi qui présente les liens les plus étroits.

En définitive, on peut se demander si le « concept de proximité » est bien adapté au commerce électronique.

Dès lors que le facteur de rattachement présume les liens les plus étroits, il est aisé au tribunal de se dégager de la loi si celle-ci renvoie à l'application d'un droit particulièrement étranger à l'entreprise contractuelle.

En outre, la règle de DIP applicable en matière de vente de meubles corporels²⁸ porte également sur la présomption de proximité entre l'acte juridique et la loi applicable avec la loi de l'état où le vendeur a sa résidence. En pratique, cette règle correspond aux principes de l'article 1387 C.c.Q., disposant que le contrat est conclu au moment et au lieu de réception par l'offrant de l'acceptation de son offre. A moins de tomber sous l'une des exceptions de l'article 3114 C.c.Q., le contrat conclu sur internet sera régi par la loi où se trouve l'établissement du vendeur.

En conclusion de ce chapitre, et face aux difficultés non résolues, lorsque l'exécution de cyber contrats se réalise entièrement en ligne, on peut encore se questionner sur l'opportunité d'établir des règles matérielles uniformes qui auraient vocation à régir la matière.

²⁶ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le DIP contemporain. Cours général de droit international privé. », (1986) 196 *R.C.A.D.* 113.

²⁷ La loi de 1987 a codifié la jurisprudence développée auparavant par le tribunal fédéral. Pour une description de celle-ci voir F. VISSHER, *Traité de droit privé suisse – droit international privé*, Fribourg, éd. Universitaires, 1974, p.182 et s.

²⁸ Article 3114 C.c.Q.

C. L'intrusion du droit matériel uniforme - les contrats électroniques de ventes de marchandises

La vente demeure de loin, et sans doute pour longtemps encore, le principal instrument du commerce international²⁹. Ceci explique que la vente internationale ait été au centre d'un nombre important de conventions³⁰.

Le 11 avril 1980, après plus d'une quinzaine d'années de réflexion, naquit une convention de droit uniforme sur la vente internationale de marchandises. Cette convention conclue à Vienne connaîtra un essor considérable³¹ par ses nombreuses ratifications, témoignages explicites de la nécessité qu'il y avait de créer sur la scène internationale une loi uniforme réglant la plupart des questions relatives à la vente internationale de marchandises.

La ratification par un grand nombre d'états nous amène à nous interroger sur son applicabilité à l'égard des contrats électroniques de vente de marchandises.

Premièrement, la convention, outre son caractère supplétif³² trouvera à s'appliquer lorsque les parties contractantes sont localisées dans des états ayant ratifiés la Convention de Vienne ou encore lorsque les règles de DIP renvoient à la loi d'un état partie de la convention. En cas d'élection de droit, si les parties souhaitent de ne pas voir s'appliquer les dispositions uniformes de la convention, elles devront faire choix de la loi d'un état n'ayant pas ratifié la convention, ou exclure explicitement l'application de cette convention par une clause. (ex ; application du droit belge à l'exclusion de la Convention de Vienne de 1980)

Deuxièmement, force est de constater l'impossibilité pour les Nations Unies de s'être entendu tant sur la validité³³ du contrat que sur les effets³⁴ que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises. Par conséquent, lorsque l'objet du litige portera sur les points suivants, la convention sera de facto écartée et les règles de rattachement subsidiaires à nouveau applicables en cas d'absence de choix de la loi par les parties.

Et enfin, on peut se demander si les contrats électroniques de vente de marchandises tel que des logiciels³⁵ rentrent dans le champ d'application de ladite convention ?

²⁹ V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, Paris, L.G.D.J., 2000, p.3 et s.

³⁰ Voir notamment la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels ; la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises.

³¹ Plus de 67 pays ont ratifié la Convention de Vienne, état à dater du 20 juillet 2004.

³² En pratique, des usages commerciaux tels que des incoterms viendront souvent déroger à certaines dispositions de la convention.

³³ Article 4 a) de la Convention du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne.

³⁴ *Id.*

³⁵ Il a été relevé par la Cour de Cologne, dans un dictum que « *les logiciels standards peuvent être considérés comme des choses mobilières et tomber sous le concept de marchandises au sens de la Convention de Vienne (mais tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'établir des logiciels sur mesure)* » OLG KÖLL 26 août 1994, Neue Juristische Wochenschrift Recht Sprechungs – Report, 1995, p.247. Compte rendu par C.L. WITZ, n°14. ; Dans le même sens le Tribunal de Munich a jugé que « *la vente de logiciels standards pour un prix convenu constitue un « contrat de vente de marchandise » au sens de l'article 1^{er} de la Convention* » L.G. München, 8 fev. 1995, www.unilex.info (texte intégral).

Alors que les logiciels contenus sur un DVD, CD, disquettes ou autres supports peuvent être qualifiés d'objets mobiliers corporels visés par le champ d'application de la Convention de Vienne, la question est plus délicate concernant les logiciels transmis pas voie électronique.

D'une part, Vincent Heuzé précise dans l'analyse circonstancielle du champ d'application de la Convention de Vienne que

[d]es termes de l'article 2 de la Convention [...] il se déduit qu'elle ne concerne essentiellement que les ventes de biens corporels. Il ne s'ensuit pas pour autant que son application à des objets immatériels doive être nécessairement exclue.³⁶

D'autre part, « on observe un net parallélisme avec l'évolution qui s'est poursuivie sur le même sujet aux Etats-Unis. Après de vifs débats, un certain consensus s'est développé entre les auteurs américains en faveur de l'assimilation du « software » à une marchandise au sens du code Uniforme de Commerce³⁷ avant que cette solution soit finalement consacrée explicitement par les tribunaux³⁸ américains. »³⁹

En définitive, certains auteurs tendent à considérer que lorsque le logiciel ne constitue pas un objet purement intellectuel⁴⁰ (ex. une licence) son immatérialité (lorsqu'il est transféré en ligne) n'est pas un obstacle⁴¹ à ce qu'il reçoive la qualification de marchandise au sens de la convention. De sorte qu'en définitive, on ne peut écarter le contrat électronique de vente de logiciel du champ d'application de la Convention de Vienne de 1980.

D. De la théorie à la pratique : les contrats rencontrés sur la toile

Après avoir examiné le droit applicable aux contrats les plus courants et plus particulièrement aux ventes conclues en ligne, on peut également s'interroger sur le droit applicable à certains contrats propres au domaine de l'internet tels que les contrats de référencement, de nom de domaine ou d'hébergement. Cependant, ces contrats figurant au sein de cette première partie, ne seront examinés que sous l'angle des relations entre professionnels (B to B).

1) Contrat de prestations de service en ligne

Ce type de contrats recouvre une multitude de conventions dans le domaine des services qui peuvent être conclues, voire même exécutées sur la toile (réf. le vaste domaine du « consulting au sens large »)

³⁶ V. HEUZE, *op. cit.*, note 29, n°84, p.79.

³⁷ Voir notamment *Boss et Woodward, Scope of the Uniform Commercial Code – Survey of Computer Contracting Cases : 43 Bus. Law. 1513 (1988) ; Owen, The Application of Article 2 of the Uniform Commercial Code to Computer Contracts : 14 N. Kentuck L. Rev. 277 (1987).* – Rodau, *Computer Software : Does Article 2 of the Uniform Commercial Code Apply : 35 Amory L.J. 853 (1986).* – J. Morey, *Software as UCC Goods : A Critical Look : 34 How. L.J.299 (1991).*

³⁸ Voir *Advent Systems v. Unysis Corp., 925 F.2d 670 (3d Cir. 1991).*

³⁹ N. WATTE et A. NUYTS, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente international-La théorie à l'épreuve de la pratique », (2003) *J.D.I.*, p. 383, spéc.n°5

⁴⁰ *Id.*, p. 385.

⁴¹ Techniquement, le téléchargement d'un logiciel par internet implique la transmission d'électrons qui oscillent selon une architecture complexe unique au propre logiciel. Celle architecture, qui contient l'information, est ensuite stockée sous la forme de régions aimantées spécifiques sur le disque dur de l'ordinateur. L'installation du même logiciel, à partir d'un CD, sur cet ordinateur, conduit pour le même disque dur à une configuration aimantée essentiellement identique. Voir, *Id.*

Au Québec, l'application de l'article 3113 du C.c.Q. amènera, en l'absence de choix de loi applicable dans le contrat, à l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, c'est-à-dire le pays où la partie qui fournit la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle (ou son administration centrale). Dans le cadre d'un contrat de services, la prestation caractéristique est évidemment constituée par les services rendus et le droit du pays de résidence du prestataire de services trouvera logiquement à s'appliquer.

Sur ce point, il est intéressant de préciser que :

- ♣ la plupart des conditions générales émises (sur la toile !) par les prestataires de services réfèrent à la loi de leur résidence comme loi applicable ;
- ♣ le projet de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) modifie l'article 4 de l'actuelle Convention de Rome en précisant expressément en son § 1, b) que « *le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle* ».

2) Contrat lié à la création et à la promotion d'un site

Le commerçant désireux de donner une nouvelle dimension à son activité professionnelle, notamment en l'internationalisant, commandera la conception et la réalisation d'un site. Ce dernier constituera sa vitrine virtuelle vis-à-vis de ses clients actuels et potentiels. Le site pourra être avant tout promotionnel et publicitaire mais aussi permettre la réalisation d'opérations commerciales. La plupart des entreprises confient à un sous-traitant la prise en charge des prestations nécessaires à la conception et à la réalisation du site.

Le concepteur d'un site est typiquement un prestataire de services et dès lors le droit applicable, à défaut de choix des parties, sera celui du pays du concepteur du site, en tant qu'accomplissant la prestation caractéristique. Il est à noter par ailleurs que les conditions générales de la plupart des concepteurs de site renvoient au droit de leur résidence.

La même solution peut être donnée pour les contrats visant à promouvoir un site, la dite promotion constituant un service rendu par un prestataire (par ex : agence de publicité) à une entreprise cliente.

3) Contrat d'hébergement

Le commerçant intervenant sur la toile peut faire appel à un sous-traitant possédant un serveur pour assurer l'hébergement de son site : concrètement, celui-ci mettra à la disposition du commerçant des "espaces mémoires" sur ses propres machines.

L'obligation principale du prestataire d'hébergement est d'accueillir le site web du commerçant, en lui offrant éventuellement d'autres services. Il s'agit à nouveau d'un contrat de prestations de services et la solution consistera à appliquer le droit du pays de résidence du prestataire.

4) Contrat de référencement

Même en ayant fait l'objet d'une excellente conception, le site web ne va pas automatiquement attirer les visiteurs. Or, le commerçant a tout intérêt à le faire connaître. Le référencement est l'inscription d'un site dans un des moteurs de recherche (Google, Msn...) ou annuaire utilisé par les internautes pour se retrouver sur la toile.

Le prestataire de services peut être ici le « provider » du moteur de recherches ou de l'annuaire où s'inscrira le commerçant mais également un intermédiaire qui aurait offert ses services pour effectuer le référencement (ce peut être la même personne que celle qui a conçu le site).

L'on appliquera, selon l'une ou l'autre de ces hypothèses, le droit du pays du prestataire de services avec lequel le commerçant a été directement en contact (soit le « provider » ou l'intermédiaire).

5) Contrat de nom de domaine

Le nom de domaine est devenu un outil indispensable pour quiconque veut se voir assurer l'identification et la protection de son site Internet.

Le commerçant s'adressera généralement à son fournisseur d'accès (réf : contrat d'hébergement) qui effectuera, moyennant paiement, les démarches en son nom pour enregistrer le nom de domaine demandé en bénéficiant, si possible, d'un maximum d'extensions. Le commerçant pourra aussi s'adresser directement à l'organisme responsable pour l'une ou l'autre extension.

Suivant la détermination précise des obligations des parties, on appliquera selon le droit du pays du prestataire de services ou de la partie qui confère l'usage ou encore du donneur de licence avec lequel le commerçant est directement entré en contact (soit le fournisseur d'accès ou l'organisme responsable⁴²).

II. LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FACE AU DROIT COMMUNAUTAIRE (DIRECTIVE 2000/31/CE)

L'Internet et le commerce électronique ont évolué rapidement ces dernières années, créant un tout nouvel environnement face auquel l'arsenal juridique traditionnel du monde *off line* n'offre pas toujours de réponse ou est souvent trop lourd ou trop lent.

Cette absence de cadre réglementaire plongeait le monde de l'Internet dans l'obscurité d'un « No man's land juridique ». Il fallait donc au plus vite créer un cadre réglementaire uniforme tout au moins pour l'espace européen.

L'objectif⁴³ qui animait le législateur communautaire était de contribuer « au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société d'information entre les Etats Membres ⁴⁴», de façon telle que les prestataires de service de la société d'information puissent opérer dans toute l'Union Européenne, et que les destinataires puissent bénéficier des services offerts sans considérations de frontières. Le principe de base du pays d'origine, ainsi créé par le législateur, repose sur la confiance mutuelle que se vouent les Etats européens entre eux pour le contrôle des opérateurs établis sur leur territoire respectifs.

Ainsi, une entreprise établie à Bruxelles doit pouvoir faire du commerce sur Internet avec un client à Frankfurt exactement de la même manière qu'elle le fait avec un client situé à Anvers. En

⁴² Par exemple : <http://www.dns.be> (pour les sites «.be »)

⁴³ La directive est une réponse au dysfonctionnement du marché intérieur.

⁴⁴ Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22, article 1^{er}.

d'autres termes, l'espace sans frontière communautaire (« le marché intérieur ») doit être pour elle son marché domestique (« home market »)⁴⁵.

A. L'objectif du législateur Européen et le champ d'application de la directive 2000/31/CE

Compte tenu de l'objectif poursuivi par la directive, la base juridique adoptée a été, d'une part les articles 47 § 2 CE associé aux articles 55 et 95 du traité CE.

Sur base de l'article 47 § 2 et de l'article 55 CE, le législateur a entendu « faciliter » l'accès et l'exercice des activités « on line ». Cet objectif légal devra toujours être pris en compte, en cas d'interprétation, de façon à rester conforme à celui-ci.

Cette directive a pour mérite de régler les aspects relatifs au service de la société de l'information, et on entend par là, tout service presté contre rémunération, réalisé « à distance », « par voie électronique » et qui intervient à la demande « ...individuelle d'un destinataire de service »⁴⁶.

Le concept « à distance » était déjà présent dans la directive Européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁴⁷. Doivent, par exemple, être considérés comme « fournis à distance », les services au consommateur proposés en ligne (catalogues en ligne, recherche d'offres promotionnelles, ...). Ainsi par voie électronique, la directive vise à englober le plus grand nombre d'activités qui ont lieu *on-line* : vente de biens ou services en ligne, fourniture d'accès, hébergement d'information.

Certaines activités ne sont pas visées par la directive, telles que la livraison de biens *off line*⁴⁸, même si il ne faut pas oublier que certains services peuvent être qualifiés d'hybride dans la mesure où ils sont fournis, pour partie, en ligne mais aussi hors ligne.

Dans cette hypothèse, chaque partie sera soumise à un régime juridique différent dans le cas, par exemple, de la vente d'un logiciel, la passation de la commande sera soumise à l'application de la directive au contraire de la livraison qui ne sera pas couverte par celle-ci⁴⁹.

De plus, il faut entendre la demande individuelle d'un destinataire de service, comme opposée à l'envoi de données sans appel individuel et destiné à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (radio diffusion télévisuelle, télétexte ...). Au contraire de la vidéo à la demande, qui elle est considérée⁵⁰ comme un service fourni de point à point.

En toute logique, pour l'accomplissement de ce service, il faut un prestataire de service⁵¹ et un destinataire du service⁵². Le prestataire peut être toute personne physique ou morale qui fournit

⁴⁵ E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique, le projet « Méditerranée » », (2000) 4 *Revue du droit de l'Union Européenne*, p. 749.

⁴⁶ M. ANTOINE, « L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique », (2000) 4 *Revue du droit de l'Union Européenne*, p. 2.

⁴⁷ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, *J.O.C.E.*, n° L144 du 4 juin 1997.

⁴⁸ Considérant n°18, de la Directive (CE) n°2000/31 *précité*, note 22.

⁴⁹ M. ANTOINE, *loc. cit.*, note 46, p. 6 Voy. annexe 5 point 2, 2^{ième} tiret de la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, *J.O.C.E.*, n° L 217 du 5 août 1998

⁵⁰ Considérant n° 18 de la Directive (CE) n°2000/31 *précité*, note 22.

⁵¹ *Id.*, article 2 b).

un service de la société de l'information. Le destinataire peut être également une personne physique ou morale, mais qui à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information⁵³, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible.

On ne peut négliger de mentionner les exclusions expressément formulées par la directive. Ainsi, elle n'est pas applicable au domaine⁵⁴ de la fiscalité, aux questions⁵⁵ relatives aux accords ou pratiques régis par le droit sur les ententes, ainsi qu'aux questions réglées par⁵⁶ les directives 95/46/CE et 97/66/CE, et enfin⁵⁷ aux activités des services de la société de l'information énoncés au point d) de l'article 1.

B. La composition de la directive 2000/31/CE

Il ne faut pas confondre ce que, d'une part, la directive a pour mérite d'harmoniser, c'est-à-dire les règles de droit matériel propres au commerce électronique et, d'autre part, le choix qu'elle fait d'une méthode de résolution de conflit de loi.

Ainsi, le droit matériel prescrit à tout commerçant désireux de commercialiser son produit en ligne de passer par les étapes essentielles⁵⁸ de ce que nous pouvons dénommer la chaîne économique. Pour ce faire, il lui est imposé à l'instant où il s'établit de se conformer aux exigences en matière d'établissement et d'information⁵⁹ (article 4) et ceci tout en respectant les dispositions propres aux contrats par voie électronique⁶⁰ (articles 4 et 5), sans oublier qu'il pourrait faire face, le cas échéant, à des différends d'origine contractuelle ou délictuelle. D'un point de vue matériel, les dispositions de la directive contiennent surtout des instructions générales adressées aux Etats⁶¹.

Ce qui va s'avérer intéressant pour le *dipiste*, ce n'est pas le droit matériel que la directive entreprend de régler mais plutôt la méthode de résolution de conflit de loi dont elle fait choix.

En effet, un des moyens efficaces de supprimer les frontières entre les Etats Membres est de poser « le principe du pays d'origine⁶² ». Celui-ci déjà utilisé dans un certain nombre de directives⁶³ a pour effet, d'une part, de soumettre un service de la société de l'information au droit matériel de l'Etat Membre dans lequel le prestataire de ce service est établi afin de le soumettre au contrôle des autorités de ce pays et, d'autre part, d'interdire aux Etats Membres de

⁵² *Id.*, article 2 d).

⁵³ Considérant n° 18 de la Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22.

⁵⁴ *Id.*, article 2 a).

⁵⁵ *Id.*, article 2 c).

⁵⁶ *Id.*, article 2 b).

⁵⁷ *Id.*, article 2

⁵⁸ E.MONTERO, C.LAZARO et M.DEMOLIN, « La loi du 11 mars 2003 », (2004) *J.T.*, p 9 et s..

⁵⁹ Article 4 Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22.

⁶⁰ *Id.*, article 5 et 9.

⁶¹ S. FRANCO, « Un monde sans frontière ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », (2000) 7 *Ubiquité*, p 64-67.

⁶² E. CRABIT, *loc. cit.*, note 45, p. 754.

⁶³ Par exemples; directive TVSF, directive 95/46/CE « protection des données à caractère personnel », directive 99/93/CE « signature électronique » etc.

destination de restreindre la libre circulation des Services de la société d'information provenant d'un autre Etat Membre.

La pierre angulaire de notre étude consiste à mesurer l'impact de cette clause du pays d'origine sur les règles traditionnelles de conflit de loi.

C. La clause du pays d'origine

Le seul moyen efficace⁶⁴ de supprimer les frontières entre les Etats Membres est de poser le principe dit « du pays d'origine » ou la clause dit « de marché intérieur » à la préférence d'autres auteurs.

Cet outil propre au droit communautaire n'est pas à son premier essai. Certains auteurs parlent d'un « phénomène »⁶⁵ croissant dans le droit communautaire⁶⁶.

Selon la clause issue de la directive sur le commerce électronique, chaque Etat Membre⁶⁷ veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire, respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat Membre relevant du domaine coordonné (§ 1) et corollairement (§ 2), au risque de paralyser ce système de reconnaissance mutuelle, aucun Etat ne peut, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat Membre.

Un tel outil a donc été suggéré par la législation communautaire afin de réaliser avec le maximum d'efficacité⁶⁸ l'objectif d'établir un véritable espace sans frontière intérieure. Il permet de garantir au prestataire de service la certitude qu'il ne pourrait pas être soumis à la législation d'un autre Etat Membre que le sien.

Le corollaire de ce principe ou de cette clause répond à une logique d'intégration⁶⁹ juridique communautaire. De la sorte, appliquer ce principe conduit à l'interdiction pour un Etat d'imposer son système de loi, qu'elles soient plus protectrices ou pas, à une Entreprise établie dans un autre Etat Membre. Les Etats européens sont donc voués à se faire confiance mutuellement, et ainsi à faire confiance aux qualités des législations des autres Etats Membres et à leur système juridique.

Le champ d'application de cette clause ne peut être confondu avec le champ d'application de la directive. Le premier est plus restrictif que le second.⁷⁰ L'annexe dont il est question à l'article 3.3 § 1 et 2 exclus explicitement certains domaines, dont les plus importants, aux fins de notre étude sont « les contrats conclus par les consommateurs ainsi que lorsque les parties font choix de

⁶⁴ E. CRABIT, *loc. cit.*, note 45, p. 759.

⁶⁵ X. LEWIS et M. WILDERSPIN, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de loi des Etats membres », (2002) *Rev. crit. dr. intern. privé*, p. 298.

⁶⁶ Pour les plus récentes, Directive 98/84/CE du parlement et du conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel (JO L 320 du 28 novembre 1998, p 54) ; directive 2000/31/CE, précité, note 11.

⁶⁷ Article 3.1 de la Directive (CE) n°2000/31, précité, note 22.

⁶⁸ *Id.*, article 3.2.

⁶⁹ E. CRABIT, *loc. cit.*, note 45, p. 759.

⁷⁰ Pour exemple, les consommateurs ne sont pas exclus du champ d'application de la directive mais bien de celui de la clause du « marché intérieur ».

la loi applicable à leur contrat ». Aux exceptions générales, nommées à l'annexe de la directive, s'ajoutent les exceptions particulières reprises au § 4 à 6 de la directive.

La portée du principe du pays d'origine est également délimitée par le domaine coordonné⁷¹ tel qu'il est défini à l'article 2 de la directive, et qui s'entend⁷² comme l'étendue des règles du droit national qui doivent être respectées par le prestataire de service mais aussi comme l'étendue de l'interdiction, pour les Etats Membres, de restreindre⁷³ les services de la société d'information provenant d'un autre Etat Membre.

La définition est très large et nous conduira à deux interprétations légèrement distinctes lorsque nous aborderons précisément ce point délicat. Avant cela, il s'agira de mesurer l'influence de la clause que nous venons de découvrir sur les règles traditionnelles de conflits de DIP.

Nous constaterons certaines divergences parmi les auteurs.

1. Interprétation de l'article 3 et sa conciliation avec l'article 1 § 4⁷⁴

La *ratio legis* de l'article 3 est d'assurer un fonctionnement optimal du marché intérieur des services de la société de l'information, ce qui requiert, d'une part, un contrôle efficace de la légalité des activités des prestataires de services et d'autre part, la libre circulation de ces services. Même si les raisons qui ont animé le législateur Européen à la rédaction de l'article 3 § 1 et 2 sont facilement identifiables, la portée de cet article reste floue.

La première idée qui tend à lever cette incertitude consiste à examiner minutieusement l'évolution du texte de la proposition de directive rédigée par la Commission Européenne. Celle-ci nous conduira peut-être petit à petit à découvrir et à mieux cerner la portée de l'article 3 § 1.

Il convient d'accorder face aux nombreuses étapes⁷⁵ une plus grande importance aux documents les plus récents, c'est-à-dire ceux-là même qui précède le texte final.

Les avants derniers amendements⁷⁶ réalisés par le Parlement Européen suite à la proposition de la commission nous conduisent à un premier constat. La suppression opérée par le Parlement mentionnait que la partie finale du considérant 7 qui prônait « le maintien des règles de droit international privé » peut conduire à penser qu'il était de la volonté du parlement de sacrifier les règles traditionnelles de DIP pour donner plus d'influence à la clause de l'art 3.

Ce qui pouvait paraître être une volonté certaine du Parlement, se trouvera plus tard remise en question à l'occasion de la position commune défendue par le Conseil le 28 février 2000 stipulant

⁷¹ Article 2 h) Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22.

⁷² *Id.*, article 3.1.

⁷³ *Id.*, article 3.2.

⁷⁴ Il est à noter que l'on pourrait également s'interroger sur l'interprétation de l'article 3 et sa conciliation avec l'annexe de la directive, et plus particulièrement avec les considérants 23 et 55. En d'autres termes, pourquoi prévoir que le présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs (considérant 55) si l'article 3 n'affecte pas les règles de conflits de droit ?

⁷⁵ A. CRUQUENAIRE et C.LAZARO, « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p 45-49.

⁷⁶ Amendement 9 modifiant la considérant n° 7 dont le nouveau libellé est le suivant : « n'a pas pour objet d'établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de loi et de juridiction et est ainsi sans préjudice des conventions internationales y afférentes », *P.E. Doc.*, A4 – 248/99 du 23 avril 1999, p. 8.

que « la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas des juridictions⁷⁷ ».

Pourtant, la recommandation⁷⁸ (en 2^{ème} lecture) émanant de la Commission juridique et du marché intérieur du Parlement Européen rappelle « que comme le demandait le Parlement la position commune ne laisse plus de doute sur la primauté de la directive sur le droit international privé » puisqu'elle prévoit que, même si cette directive ne constitue pas en tant que telle une règle additionnelle de DIP, l'application de ce dernier ne doit pas avoir pour effet de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information telle que prévue dans la directive et ajoute que l'article 3 s'applique dans tous les domaines du droit national, y compris le droit privé (sauf pour les questions visées à l'annexe), ce qui inéluctablement appuie la thèse d'incidence de l'article 3 sur les règles traditionnelles de DIP.

Si tentative de réconciliation, il devait y avoir, elle ne pourrait voir le jour qu'à travers le considérant 23 (anciennement considérant 7⁷⁹) qui peut nous éclairer sur le sens à donner à l'article premier § 4.

A sa lecture, le considérant 23 ne gomme pas l'application du DIP mais émet une limite à son application, justifiée par le maintien même de l'efficacité de la directive.

Il stipule qu'au cas où l'application de règles conventionnelles de DIP viendrait à restreindre la libre prestation des services de la société de l'information, la directive serait vidée de tout son sens. De sorte qu'une telle conséquence irait à l'encontre du premier rang des objectifs de la directive.

En ce sens, deux options découlent de ce qui vient d'être énoncé et sont ouvertes au juge national chargé de trancher un litige.

La première option le conduira à l'application de la loi du pays d'origine du prestataire. Cette option s'inscrirait en violation certaine des termes de l'article 1§ 4 de la directive et pour cette raison n'emporte pas notre préférence.

La seconde option le mènerait à l'application des règles de conflit de lois nationales, sauf lorsqu'elles s'avèrent constitutives d'entraves à la libre circulation des services⁸⁰. L'entrave dont il peut être question doit s'entendre comme une « mesure nationale susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité.⁸¹ » Lorsque celle-ci est jugée comme telle, alors le mécanisme ainsi décrit écarte l'application de la règle de conflit de loi désignée, au profit d'une règle plus fidèle à l'objectif communautaire.

⁷⁷ Article 1§4 Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22.

⁷⁸ Commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen, Recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »), (« Directive sur le commerce électronique »), *P.E. Doc.P.E. Doc.*, A5 – 106/2000 du 12 avril 2000, p. 11.

⁷⁹ Devenu le considérant 23 de la Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22..

⁸⁰ E. CRABIT, *loc. cit.*, note 45, p.770.

⁸¹ Arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, point 37 ; voir aussi arrêts du 9 juillet 1997, Parodi, C-222/95, point 18 ; 5 juin 1997, SETG, C6398/95, point 16 ; 28 mars 1996, Guiot, C-272/94, point 10.

En conclusion, la clause « de marché intérieur » revêt une double casquette; la première consacre la règle d'applicabilité immédiate des règles matérielles du pays d'origine du prestataire et la deuxième évince tout mécanisme de conflit de loi qui conduirait à une entrave à la libre prestation des services de la société de l'information⁸².

2. De la théorie à la pratique

Si l'on accepte d'aller au-delà de cette conciliation difficile entre l'article 1 § 4 et l'article 3 § 1, il convient de faire une remarque qui réduit, nous semble-t-il, l'enjeu du débat.

Cette remarque puise sa source dans une déclaration commune émise lors de la signature de la Convention de Rome. Elle est un appel aux institutions européennes, en raison de leur capacité à légiférer dans des matières proches, « d'adopter des règles de conflit qui soient en harmonie avec celle de la convention » et ceci, bien sûr, dans la mesure du possible. Même si le poids de cette déclaration reste léger et qu'un motif d'incompatibilité ne pourrait justifier qu'un domaine européen particulièrement sensible reste dénué de toute législation, il n'en est pas moins que, pour partie, cet objectif semble avoir été respecté.

Et pour cause, la philosophie de la Convention de Rome consacre l'autonomie de volonté sur le seul contrôle des autorités étatiques⁸³ et fidèle à cela, l'annexe de la directive écarte l'application de la clause du pays d'origine lorsque les parties ont fait le choix de la loi applicable au contrat⁸⁴.

Il en va de même, que l'on conçoive à appliquer la méthode de résolution de conflit de loi telle la clause du pays d'origine de la directive, ou la méthode indiciaire⁸⁵ prévue dans la Convention de Rome, basée sur la loi du pays débiteur de la prestation caractéristique risque, dans bien des cas, d'aboutir malgré la différence dans la méthode utilisée à un résultat similaire.

Deux précisions et remarques doivent être faites au comparé de ce qui vient d'être énoncé.

Premièrement, la méthode de résolution de conflit de loi entre d'une part une règle dit « d'applicabilité directe » telle la clause du pays d'origine et d'autre part une règle dit « de rattachement classique » telle qu'en contient la Convention de Rome se différencient⁸⁶, même si, en définitive, leur fonction respectives tendent à résoudre un conflit de loi⁸⁷.

Il faut du reste ajouter que cette distinction a soutenu également une des hypothèses, peut-être la plus vraisemblable, conduisant à concilier les articles 3 § 1 et 1 § 4 de la directive. En considérant que l'article 1^{er} § 4 peut vouloir signifier qu'il n'y a pas de règles additionnelles de rattachement et qu'il y a lieu de donner à la clause du pays d'origine la portée d'une règle d'applicabilité.

⁸² M.FALLON et J.MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31 CE et le droit international privé », (2002) *Rev.crit.dr.intern.privé*, p 489.

⁸³ F. RIGAUX et M.FALLON, *Droit international privé*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1993, p 504 n°1266 al 2.

⁸⁴ Annexe de la- directive (CEE) n°2000/31 du Parlement Européen et du Conseil, *précité*, note 22,.

⁸⁵ F.RIGAUX et M.FALLON, *op. cit.*, note 83, p 504 n°1298... Commentaire méthode indiciaire ; Plutôt que de décider qu'à défaut de choix de la loi contractuelle, celle-ci est désignée en tous les cas selon le facteur du lieu de conclusion, il s'agit de déterminer le pays avec lequel le contrat, ou la situation contractuelle, présente les liens les plus étroits en fait. L'opération relève d'une appréciation de fait, laissée nécessairement au juge en cas de litige (la solution tire son origine du droit anglais, où elle a reçu l'appellation de *proper law of the contract*.

⁸⁶ M.FALLON et J.MEEUSEN, *loc. cit.*, note 82, p 479.

⁸⁷ M.FALLON et M.VERWILGHEN, *Droit international privé - Tome I*, Louvain, Précis de l'Université Catholique de Louvain, p 118.

Deuxièmement, il convient néanmoins de rappeler que si la Convention de Rome est notre source de comparaison comme convention couvrant les obligations contractuelles en général, la Convention de Vienne peut également être retenue à condition⁸⁸ que la situation tombe dans le champ d'application matériel spatial et temporel de la convention⁸⁹. Il est donc requis que la localisation de l'établissement des parties dans des Etats différents soit clairement établie.

Cependant, il faut reconnaître que le monde virtuel par l'entremise de l'adresse internet ne renseigne pas toujours sur l'établissement du partenaire contractant.

Si la Convention de Vienne s'impose en lieu et place de la Convention de Rome, c'est en vertu de son caractère spécial et de son contenu formé essentiellement de règles uniformes⁹⁰. Néanmoins, certaines questions ne sont pas réglées par la Convention de Vienne. Et dans ces cas précis, la Convention de Rome va la suppléer afin de déterminer la loi applicable. Par exemple, sur les questions de validité du contrat qu'elle ne règle pas.

Il faut également garder à l'esprit l'application de la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère interne d'objets mobiliers corporels pour tout contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la dénonciation⁹¹.

La philosophie de la Convention de Rome semble consciemment ou non avoir été respectée.

De la sorte, le critère de rattachement le plus couru désignant la loi de l'auteur de la prestation caractéristique, conduit à l'application de la loi du pays du vendeur (ou du prestataire de service) au même titre que la clause du pays d'origine.

Néanmoins, une application générale de la clause du marché intérieur exclurait l'évocation possible de l'article 7 de la Convention de Rome pour un contractant désireux d'invoquer un vice de consentement propre à son droit.

En conclusion, on aurait pu s'attendre à l'occasion de la transposition de la directive dans chacun des pays membres à ce que les Etats membres fassent œuvre de clarté.

Notamment, après les discussions concernant l'avant projet allemand⁹² dans le sens de l'application du droit désigné par les règles du DIP sauf lorsque leur application devenait constitutive d'entraves, le texte final est apparu plutôt proche de la directive et de ses incertitudes⁹³.

Le Danemark, la France⁹⁴ et la Belgique⁹⁵ ne semblent guère avoir fait preuve de plus de mérite dans leur transposition.

⁸⁸ Article premier §2 de la Convention de Vienne (impact potentielle)

⁸⁹ M. FALLON et D. PHILIPPE, « La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *JT*, 1998, pp 17-38.

⁹⁰ S. FRANCO, *loc. cit.*, note 61, p 51.

⁹¹ A. KASSIS, *Le nouveau droit des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 539.

⁹² O. REMIENE, « Das anwendbare Recht bei elektronisch geschlossenen Verträgen » Voy. Aussi P. MANKOWSKI, „Internet and Internationales wettbewerbsrecht“, *GRUR Int.* 1999, 909 (912 ff).

⁹³ Commentaire d'un arrêt de la Cour Commission c/ Allemagne ; conformément à la hiérarchie des normes, la Cour a précisé que lorsqu'un texte de droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci.

⁹⁴ M. FALLON et J. MEEUSEN, *loc. cit.*, note 82, p 481.

D. Le droit communautaire est-il créateur de règles de conflit de loi ?

Aux motifs⁹⁶ du contenu des articles 94 et 95 du Traité des Communautés Européennes, il est attribué une compétence législative en matière civile et commerciale, aux institutions communautaires. Elles sont chargées, par voies de règlements et de directives, de travailler au « rapprochement des législations nationales ». Pour la plupart de ces actes, ils contiennent des règles matérielles, qui, lorsqu'il s'agit d'une directive doivent faire l'objet d'une transposition en droit national.

Lorsque des directives de type sectorielles utilisent une règle de conflit de loi afin de désigner la loi applicable, peut-il y avoir un chevauchement⁹⁷ éventuel du champ d'application de la Convention de Rome avec celui des règles de conflit de lois contenues dans ces directives ?

On peut précisément affirmer qu'un problème de ce type a été pensé et prévu par les rédacteurs de la Convention de Rome en introduisant une priorité⁹⁸ à toutes règles sectorielles émanant des institutions communautaires.

En outre, dès la mise en vigueur de la Convention de Rome « reformatée » en règlement communautaire⁹⁹, un problème de compatibilité ne pourrait-il pas surgir ?

La rédaction de l'article 22 c) du projet de Règlement Rome I stipule que

[L]e présent règlement n'affecte pas l'application d'actes émanant d'institutions communautaires qui : ... c) édictent des règles destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur dans la mesure où ces règles ne peuvent s'appliquer conjointement à la loi désignée par les règles de droit international privé.

Pourrait-il dès lors poser un problème et créer débat à l'avenir pour ce qui concerne la contradiction qui devra être résolue entre l'article 4 dudit projet concernant l'application de la loi du pays de résidence du prestataire de services (en l'absence de choix et par recours à la traditionnelle méthode indiciaire) et la clause dite du pays d'origine figurant à l'article 3.1 de la directive sur le commerce électronique ?

Le débat théorique s'est déjà posé dans le cadre de l'application apparemment incompatible de la règle de la clause du pays d'origine (directive Commerce Electronique) et de l'article 4 actuel de la Convention de Rome: l'application de règles conventionnelles de DIP ne peut mener à une restriction de la libre prestation de services de la société de l'information, sous peine de vider la directive de tout sens.

Cependant, le débat paraît, encore, plus académique que pratique : comme déjà exposé, le critère de rattachement désignant l'auteur de la prestation caractéristique (et clairement le prestataire de services dans le cadre du Règlement Rome I) et la clause du pays d'origine conduisent à l'application de la loi du pays du vendeur (ou du prestataire de services). En pratique, le prestataire de services « *établi* » sur le territoire d'un Etat membre au sens de l'article 3 de la

⁹⁵ MONTERO, E., LAZARO, C., DEMOULIN, M., *loc. cit.*, note 58, p. 25 et s..

⁹⁶ M.FALLON et M.VERWILGHEN, *op. cit.*, note 87, p 143 n° 000.

⁹⁷ X .LEWIS et M.WILDERSPIN, *loc. cit.*, note 65, p. 290 n° 2.

⁹⁸ Article 20 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

directive CEE sur le Commerce Electronique sera, dans la majorité des cas, la même personne (physique ou morale) que le débiteur de la prestation caractéristique désigné par la méthode indiciaire du Règlement Rome I.

Quoiqu'il en soit et, en l'absence d'une prise de position claire à ce sujet des institutions politiques communautaires et/ou des Etats Membres, la contradiction n'apparaît pas résolue au plan théorique et devra sans doute faire l'objet d'un débat approfondi à l'occasion d'un litige qui sera sans doute porté prochainement devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (ci-après « CJCE ») soit directement, soit par le biais d'une question préjudicielle. Ainsi, seule une décision de la CJCE permettra de trancher de manière indiscutable sur la portée, volontairement équivoque, de l'article 3 dit « la clause du pays d'origine ».

DEUXIÈME PARTIE : B TO C

L'application de solutions¹⁰⁰ particulières à un contrat conclu par un consommateur procède d'une tendance plus générale à assurer la protection de la partie économiquement la plus faible au contrat¹⁰¹.

C'est notamment dans cette optique que le législateur Européen a rappelé que la directive sur le commerce électronique¹⁰² ne portait pas atteinte à la protection reconnue au consommateur par les règles impératives relatives aux obligations contractuelles¹⁰³. La directive ajoute que les contrats conclus avec des consommateurs sortent du champ d'application de la clause du marché intérieur¹⁰⁴ et seront renvoyées aux règles traditionnelles de rattachement de DIP.

Pour pouvoir prétendre avoir droit à des règles spécifiques et protectrices de ses intérêts, faut-il encore être qualifié de « consommateur » ?

La notion ne fait pas l'objet d'une définition unanime en DIP.

Si l'on s'en tient à la définition qu'en donne l'article 5 de la Convention de Rome, le contractant peut prétendre, à une protection spécifique lorsqu'il contracte en dehors de son activité professionnelle. Dans le *Code civil du Québec*, la réponse est plus complexe¹⁰⁵ même si l'interprétation soutenue par différents auteurs¹⁰⁶ renvoie à la notion d' « exploitation d'une entreprise » très proche de celle retenue actuellement par l'article 5 de la Convention de Rome.

En outre, tant l'article 3117 du C.c.Q que l'article 5 de la Convention de Rome prévoient que le consommateur peut perdre cette protection s'il adopte une démarche active.

¹⁰⁰ F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, note 83, p 568 n°1345.

¹⁰¹ G. GOLDSTEIN, « La protection du consommateur ; nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », dans SERVICES DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développement récents en droit de la consommation (1994)*, Coswansville, Yvon Blais, 1994, vol.59, p 143.

¹⁰² Directive (CE) n°2000/31, *précité*, note 22..

¹⁰³ *Id.*, Considérant n° 55.

¹⁰⁴ *Id.*, article 3 § 3.

¹⁰⁵ « Cette solution complexe résulte 1) de la formulation incomplète de l'article 3117 C.C.Q et 2) de la réaction ambiguë de l'article 1384 du C.c.Q.». Voir à ce sujet, G.GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 101, p 160.

¹⁰⁶ *Id.*, p 160.

I. LA PROTECTION PARTICULIÈRE DU CONSOMMATEUR DANS LES OPÉRATIONS DE E-COMMERCE EN VERTU DE L'ARTICLE 3117 DU CCQ ET DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION DE ROME DU 19 JUIN 1980

On peut considérer que la protection du consommateur est un fruit de notre temps, qui fait déjà partie de la théorie générale des contrats et qui constitue un de ses principes les plus lourds de conséquences.

De fait, le DIP a suivi cette évolution. Et pour cause, une série de textes, intéressant le contrat de consommation sont apparus¹⁰⁷.

Dans le cadre de cette étude, ce sont les mécanismes protecteurs des consommateurs ou ceux qui peuvent être utilisés comme tels, contenus dans le *Code civil du Québec* qui susciteront notre attention.

L'article 3117 de la C.c.Q prévoit que la loi est applicable au contrat de consommation et ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'état où il a sa résidence.

Et de la même manière, en cas d'absence d'élection de for par les parties, les contrats conclus avec des consommateurs seront régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

Cependant, cet article n'est applicable qu'aux situations tombant sous son champ d'application matérielle et dans les seules hypothèses énoncées. Lorsque le consommateur sort de sa sphère juridique, il risque¹⁰⁸ de ne jouir d'aucune protection particulière. En d'autres termes, « le simple fait pour le consommateur résidant au Québec de conclure un contrat de consommation à l'étranger n'assure pas l'application des règles protectrices de la législation québécoise »¹⁰⁹ ni l'application d'autres règles plus ou moins protectrices d'un droit étranger.

De la sorte, seuls les consommateurs, dont la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue, bénéficieront de cette protection¹¹⁰.

¹⁰⁷ F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, note 83, p 568 n° 1345. Voy. Pour le droit applicable : loi du 14 juillet, Convention de Rome du 19 juin 1980 art. 5 et, subsidiairement art. 3 et 4 ; Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels, etc.

¹⁰⁸ Des lois protectrices pourraient parfois être appliquées par un tribunal autre que celui de sa résidence notamment par le truchement de l'article 7 de la Convention de Rome. En outre, des règles protectrices du consommateur propre à l'état du for (si différent du pays de résidence du consommateur) pourraient également vouloir s'appliquer. Mais rien n'est moins sûr; Voy. aussi *Belisle National Leasing c. Bertrand*, précité, note 5. Sur la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international.

¹⁰⁹ P. GLENN, « Droit international privé » dans *Le Barreau du Québec et La Chambre des notaires du Québec, La Réforme du Code Civil*, t.3, Québec, Presse de l'Université de Laval, 1993, 669 à la p. 726. Précisions qu'en raison du partage des compétences au Canada, en matière de relations commerciales privées, chaque province est considérée, sur ce plan, étrangère aux autres. Pour une illustration de ce principe, *Belisle National Leasing c. Bertrand*, précité, note 5.

¹¹⁰ Art 3117 C.c.Q

Les hypothèses énumérées par le législateur québécois rendent compte d'éléments issus de la conclusion du contrat qui ont dû se localiser dans l'Etat dans lequel le consommateur a sa résidence.

L'article 3117 C.c.Q. fortement inspiré par l'article 5 de la Convention de Rome impose, en plus de la résidence du consommateur, que le consommateur figure dans une des trois hypothèses. Les deux premières étant les plus fréquemment rencontrées.

La première est celle d'un contrat dont la conclusion a été précédée dans ce pays d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion¹¹¹ y ont été accomplis. La seconde est celle où la commande est reçue au lieu de résidence du consommateur. Et, enfin la troisième hypothèse vise le cas où le professionnel incite le consommateur à se rendre dans un autre état que celui de sa résidence pour y conclure le contrat¹¹².

Face à ces trois hypothèses, les interprètes ont opéré une distinction selon que l'on soit consommateur « passif » ou « actif », d'où il en résulte que seul le consommateur dit « passif¹³ » peut prétendre à une protection telle que l'article 3117 C.c.Q. le dispose.

Appliquer cette hypothèse à un message publicitaire personnalisé reçu dans la boîte courriel d'un consommateur ne suscite pas de grande difficulté. Ce message publicitaire aura bien été envoyé directement au consommateur dit « passif ». Et ainsi, il pourra se prévaloir du mécanisme de protection de l'art 3117 C.c.Q.

Or, si dans ce cas précédent cette hypothèse ne pose guère de difficulté, on ne peut en dire autant à propos de nombreuses autres opérations conclues sur la toile.

Notamment, lorsqu'un consommateur navigue sur le Web et qu'il se trouve, comme ça arrive si souvent, happé par un message publicitaire ou tout simplement lorsqu'il s'identifie auprès du responsable d'un site, devient-il, pour autant, consommateur « actif » avec les conséquences que l'on connaît ?¹¹⁴. A l'inverse, faut-il accorder toute protection au consommateur dès lors que la publicité d'un vendeur est susceptible d'être accessible sur le Web à partir de l'Etat du consommateur ?¹¹⁵

Suite à de telles situations, nous constaterons que la doctrine se divise en deux camps, que la jurisprudence donne des pistes, et enfin que le législateur réagit. Et nous clôturons cette partie en nous interrogerons sur la probabilité d'une protection « alternative » du consommateur réputé « actif ».

¹¹¹ A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2^e uitg., 1999, pp. 164-171.

¹¹² G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 101, p 164. Voir le tableau.

¹¹³ La doctrine a souvent eu recours à la distinction consommateur actif/passif en raison du type de condition requise par l'article 5 § 2 de la Convention de Rome. Même si cette terminologie n'est pas parfaitement adaptée, nous la reprendrons ici dans un but purement pratique. Et notamment à ce sujet : M. FALLON, « Le droit applicable à la protection de l'utilisateur sur l'inter réseau dans le contexte communautaire », in *Telecommunications and broadcasting networks under EC law – Le droit communautaire et les réseaux de télécommunications et de télédiffusion, la protection des consommateurs et des entreprises dans la société de l'information*, ERA, vol. 27, p. 240.

¹¹⁴ A. CRUQUENAIRE et C. LAZARO, *loc. cit.*, note 75, p. 72.

¹¹⁵ *Id.*, p. 72.

A. La doctrine

Certains auteurs soutiennent que la publicité doit recevoir une signification large et ainsi, par exemple, une publicité télévisée sur une chaîne étrangère mais qui peut être captée dans l'Etat du consommateur, peut être appréciée comme une publicité faite dans cet Etat¹¹⁶. Si l'on s'en tient à cet avis, la proposition dès l'instant où elle est mise en réseau pourra être considérée comme dirigée et reçue au Québec¹¹⁷. De même si l'on raisonne en termes de sollicitation, c'est le commerçant qui est au départ de l'entreprise contractuelle et qui provoque la rencontre entre lui et le consommateur par la mise de son offre sur le réseau. Le Bureau Européen des Consommateurs (ci-après « BEUC »), face à cette incertitude, a fait connaître à de nombreuses reprises sa position qui soutient l'interprétation conduisant à un élargissement de la protection des consommateurs dès qu'il se connecte au réseau. D'après le BEUC, il convient de reconnaître que l'industrie est la mieux placée pour s'informer au sujet des différentes lois en présence.

A l'inverse, un auteur soutient en se fondant sur des données plus techniques que

*[la] démarche du commerçant (par exemple, la mise d'une offre sur son site web) ne ressemble pas à un acte de sollicitation comme l'on peut en voir à la télévision et, encore plus, au téléphone. En effet, sauf cas extrêmes, le caractère non intrusif des nouveaux réseaux de communication oblige l'utilisateur à opérer une démarche active pour se rendre sur le site de l'auteur. Plus que le fait de se « déplacer », soit un acte de mouvement géographique, l'acheteur doit effectuer une démarche volontaire, délibérée, de lien en lien, une recherche en avant vers l'information qui lui est présentée.*¹¹⁸

Cette autre tendance doctrinale repose sur l'idée que le succès d'internet dépend, au contraire, de la réduction du risque juridique pour les entreprises, qui ne peuvent être forcées de se défendre à travers le monde.

Quoi qu'il en soit, la doctrine laisse planer une certaine ambiguïté selon que l'on conçoit qu'un simple clic puisse ou non faire perdre toute protection au consommateur internaute.

B. La jurisprudence américaine : le test « Zippo »

Au contraire des pays de traditions civilistes où la jurisprudence n'est que source interprétative, le juge de Common Law, lui, peut élaborer ou créer le droit lorsqu'il y a absence de législation ou insuffisance sur le sujet¹¹⁹. En ce sens, le test « Zippo¹²⁰ », déduit d'une jurisprudence de Pennsylvanie, propose de distinguer les différents types d'activités générés sur le réseau (« *sliding scale of activities* »). Trois catégories sont énoncées¹²¹ :

¹¹⁶ J.-Y. CARLIER, « Guide des litiges transfrontaliers en Europe », Institut National de la consommation, Paris 1993, p. 98.

¹¹⁷ M. FALLON, « Problématique du contentieux de la consommation transfrontalière en Europe », REDC, 1988, p. 261, note 14.

¹¹⁸ V. GAUTRAIS et P.-E. MOYSE, « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur », <http://hdl.handle.net/1866/2193>.

¹¹⁹ H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p.22

¹²⁰ *Zippo Manufacturing Co v. Zippo Dot Com, Inc* (952 F Supp 1119, W.D.Pa. 1997)

¹²¹ A. NUYTS, *Droit international du commerce électronique et de la propriété intellectuelle*, plan de cours (DES en droit international), ULB 2006-2007, p11. Disponible sur le site : <http://www.dipulb.be>.

- ♣ la première regroupe le concept d'exercice clair et constant d'activités générées sur le réseau: «*defendant clearly does business over the internet: this is the situation where the defendant enters into contracts with residents of the forum and knowingly and repeatedly*» (compétence des juridictions établie);
- ♣ la seconde englobe toutes activités exercées passivement (site passif) «*defendant simply posts information on an internet web site which is accessible in a foreign state*» (Compétence des juridictions non établie)
- ♣ la troisième catégorie plus souple reprend le concept d'interactivité (site interactif) : «*user can exchange information with the host computer*» (Compétence dépendra de « l'intensité » de l'interactivité dans l'échange d'informations)

Outre le fait que cet arrêt traite d'un conflit de juridiction « How is the proper judicial district? », le test « Zippo » pourrait nuancer davantage le *distinguo* consommateur passif - actif inadapté à certaines situations du commerce électronique.

Au travers des catégories d'activité énoncée, la première en cas d'activité constante générée sur le réseau devrait entraîner le mécanisme de protection de l'article 3117 C.c.Q. On peut considérer qu'à travers l'activité que le professionnel décide de générer, il accepte le risque qui en découle. En outre, s'il n'est pas dans l'intention du professionnel de traiter avec des consommateurs, il peut toujours marquer cette frontière entre consommateur et professionnel par de multiples moyens techniques. On retiendra notamment le site de *DELL* qui aiguille les uns et les autres sur des voies différentes¹²².

La seconde catégorie énoncée suppose une démarche de recherche active du consommateur vis-à-vis d'un professionnel présent sur le réseau. On devrait donc considérer que dans cette catégorie précise et en vertu du comportement adopté par le consommateur, ce dernier assume un risque « celui de perdre son bénéfice de protection ».

La troisième catégorie laisse un large pouvoir de discrétion au juge qui devra évaluer l'intensité de l'interactivité générée sur le réseau dans l'échange d'information. L'énoncé d'indices par le créateur de droit pourrait réduire le pouvoir de discrétion et augmenter sensiblement la sécurité juridique qui fait défaut. Ce pourquoi, il serait à notre sens judicieux de prévoir un certain nombre d'indices permettant la mesure de cette intensité. Par exemples, les courriels envoyés (ont-ils été sollicités ou non?), le langage (est-il géographiquement limité?), la monnaie (est-elle géographiquement limitée?), l'audience (est-elle spécialement identifiée?), etc.

Ainsi, suivant l'activité que génère le professionnel sur le réseau, le tribunal devra catégoriser le comportement du professionnel et ainsi octroyer ou non au consommateur la protection de son droit national.

En outre, les critères retenus par cette jurisprudence nord-américaine semblent ne pas porter attention à la nature des activités du prestataire et plus particulièrement au caractère transactionnel ou non de l'activité du professionnel générée sur le site, quoique cet indice puisse

¹²² Le professionnel devra disposer d'un « password » et/ou d'un compte particulier pour accéder aux offres et services proposés par *DELL*. Ce service étant réservé aux seuls professionnels reconnus comme tels suivant les critères de *Dell*, comme précisé par la mention suivante : *You are here : Small & Medium Business*, <http://www1.ca.dell.com/content/default.aspx?c=ca&cs=cabsdt1&l=en&s=bsd#>.

servir le Juge dans l'évaluation qu'il fera de l'intensité de l'interactivité produite sur le réseau (troisième catégorie énoncée ci-avant). En outre, on peut relever que l'analyse développée et proposée par le tribunal nord-américain dépasse la simple constatation de l'accès des consommateurs au site incriminé à partir de leur territoire de résidence, qui, par ailleurs, peut suffire à fonder la compétence du tribunal ou de la Cour saisi d'un litige.¹²³

Quoiqu'il en soit l'examen de cette jurisprudence, dont on attend qu'elle fasse ses « premières dents », pourrait influencer, si elle ne le fait pas déjà, à court ou à long terme, les législateurs outre les frontières américaines.

C. La réaction du législateur communautaire

Le législateur dans son activité de créateur de règles de droit n'a pas pu ignorer les problèmes résultant de la dimension virtuelle des transactions commerciales conclues entre commerçants et consommateurs.

De longues discussions ont animé le projet de reformatage de la Convention de Rome en règlement communautaire. A cette occasion, et dans le contexte que l'on connaît, l'adaptation de l'article 5 a fait couler beaucoup d'encre¹²⁴.

Quand on sait l'influence qu'a eu l'interprétation par les différentes juridictions européennes de la Convention de Rome sur le *Code civil du Québec*, il est important d'examiner brièvement la solution retenue par le législateur européen.

L'examen de la proposition du règlement du Parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) précise dans l'examen des dispositions de la proposition :

[c]omme souhaité par la grande majorité des contributions au Livre vert, la seconde phrase remplace les conditions de l'article 5, paragraphes 2 et 4, point b), de la Convention par le critère de « l'activité dirigée », qui figure déjà à l'article 15 du règlement « Bruxelles I », pour tenir compte de l'évolution des techniques de commercialisation à distance, sans pour autant modifier en substance le champ d'application de la règle spéciale....¹²⁵

Le concept d'activité « dirigée » est né du rapport Giuliano - Lagarde¹²⁶ où l'interprétation de « publicité ou des propositions spécialement faites¹²⁷ » a été précisée, comme devant s'agir pour le vendeur, d'actes « spécialement dirigés » vers le pays de résidence habituelle du

¹²³ Voir à ce propos ; Cass.com., 11 janv.2005, www.juriscom.net (Arrêt Hugo boss) ; Cass.com., 20 mars 2007, www.foruminternet.org

¹²⁴ Voir à ce propos la position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 29 novembre 2007 en vue de l'adoption du règlement (CE) n° .../2007 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), disponible sur le site ; <http://www.europarl.europa.eu>.

¹²⁵ COM (2005) 650 final 2005/0261 (COD), *Proposition de règlement du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, Bruxelles le 15.12.2005, p.6 et 7. Disponible sur le site : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:FR:PDF>.

¹²⁶ Rapport Giuliano – Lagarde, Journal Officiel n°282, 31/10/1980.

¹²⁷ Article 5 § 2 de la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980 (J.O.C.E., 9 octobre 1980, L. 266/1)

consommateur. Le critère d'activité dirigée a trouvé sa première expansion à l'élaboration et à la concrétisation de l'article 15 du règlement Bruxelles¹²⁸ relatif à la compétence judiciaire.

On retiendra le ton de l'interprétation donnée à l'article 15 du règlement de Bruxelles :

[L]e simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent. En revanche, ne vise pas la conclusion d'un contrat à distance le site qui, tout en s'adressant aux consommateurs du monde entier dans l'intention de fournir des informations sur un produit, les renvoie ensuite à un distributeur ou agent local pour la conclusion du contrat.¹²⁹

Ce critère s'est présenté comme un bon conciliateur entre la prévisibilité juridique réclamée par les professionnels et le maintien des mesures de protection dues aux consommateurs. En d'autres termes, le critère d'une activité dirigée protège les intérêts du professionnel qui ne pourra s'attendre à se voir appliquer le droit d'un pays vers lequel il ne dirige aucune activité¹³⁰.

En ce sens, et contrairement à l'article 5 § 2 de la Convention de Rome, l'article 6 paragraphe 1 alinéa a) et b) contenu dans la proposition du Parlement européen arrêtée en première lecture le 29 novembre 2007¹³¹ en vue de l'adoption du futur Règlement n'exige plus que le consommateur ait accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans le pays de sa résidence habituelle, condition qui n'a plus de sens pour des contrats conclus dans le cyberspace¹³².

De la même manière le texte du futur règlement¹³³ présenté en première lecture supprime cette distinction entre consommateur passif et actif et par cela même, met fin à toutes les anciennes conditions de l'article 5 § 2 difficilement applicable à ce contrat conclu sur le net.

En outre, pour que le système soit adapté à la problématique du monde cybernétique et qu'il assure une parfaite protection du consommateur, on devrait concevoir une véritable présomption « d'avoir dirigé ses activités vers le pays du consommateur » et à charge pour le professionnel d'apporter la preuve que ces activités n'étaient en fait pas dirigées vers le pays du consommateur. De la sorte, il pourra argumenter sur base des mesures qu'il aura prises ou pas prises afin de cibler certains marchés ou d'en exclure.

¹²⁸ Article 15.C Règlement de Bruxelles (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I).

¹²⁹ COM (2005) 650 final 2005/0261 (COD), *précité*, note 125, p.6 et 7.

¹³⁰ N. WATTE, C. BARBÉ, L. BARNICH, M. EKELMANS, V. MARQUETTE, G. STUER, P. WAUTELET, «Observation sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la Loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur la modernisation », p.46. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.dipulb.be>

¹³¹ P6_TA-PROV(2007)0560, *Résolution législative du Parlement européen du 29 novembre 2007 européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, Bruxelles le 29.11.2007, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0560&language=FR&ring=A6-2007-0450#top>.

¹³² COM (2005) 650 final 2005/0261 (COD), *précité*, note 125, p.6 et 7.

¹³³ P6_TA-PROV(2007)0560, *précité*, note 131, art. 6 para.1 a) et b).

II. LA PROTECTION DU CONTRACTANT EN VERTU D'UNE LOI IMPÉRATIVE (ART. 3079 CCQ ET ART.7 DE LA CONVENTION DE ROME)

Le consommateur ne bénéficie-t-il pas, peu importe le comportement qu'il adopte (passif ou actif) de l'application de règles dites «impératives» par le truchement d'une autre base légale?

En d'autres termes et dans l'hypothèse où l'article 3117 C.c.Q. n'a pu offrir une protection adéquate en raison du comportement actif du consommateur, les dispositions de l'article 3076 et 3079 du C.c.Q. peuvent-elles être source d'évocation¹³⁴ pour le consommateur qualifié d'« actif » sur le réseau ? Par exemple, si le commerçant réussit intentionnellement¹³⁵ ou non, sans que le consommateur en ait conscience, à matérialiser l'accomplissement des actes menant à l'accomplissement du contrat hors du lieu de la résidence du consommateur.

A la différence de l'article 3117 C.c.Q. et de l'article 5 de la Convention de Rome, les lois de police¹³⁶ s'appliquent à l'ensemble des contractants. Elles visent l'application de lois fondamentales que le juge appliquera toujours sur son territoire national. Comme le précisait le rapport Giuliano - Lagarde¹³⁷, il a été rappelé par la jurisprudence que les dispositions de protection des consommateurs doivent être considérées comme impératives¹³⁸.

En raison de ces considérations, deux points de vue d'origines diverses, l'une doctrinale et l'autre jurisprudentielle, peuvent être évoqués relativement au problème posé.

D'une part, les rapporteurs¹³⁹ de la Convention de Rome confrontés au même problème de compatibilité entre l'article 5 et l'article 7 ont considéré le premier comme une règle particulière du second, excluant donc la règle d'application générale aux consommateurs spécialement protégés par l'article 5. Dans cette optique, si les conditions de l'article 5 ne sont pas remplies, le consommateur exclu du régime particulier ne pourrait invoquer les lois de police de l'Etat de sa résidence en prenant pour base juridique l'article 7.

Cette hypothèse a trouvé un prolongement jurisprudentiel au travers de décisions émanant de tribunaux nationaux allemands¹⁴⁰. Ceux-ci ont soutenu que l'octroi d'une protection sous l'article 7, moyennant des conditions moins strictes qu'en cas d'application de l'article 5, seraient en contradiction avec le système juridique établi dans la convention et mèneraient au non respect des

¹³⁴ Y.BRULARD et P.DEMOLIN, «Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet », in Internet face au droit, cahier du CRID n° 12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, p. 48.

¹³⁵ G.GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 101, p 177.

¹³⁶ Précisément référées aux articles 3076, 3079 du C.C.Q et 7 de la Convention de Rome de 1980

¹³⁷ Journal Officiel n° C282, 31/10/1980.

¹³⁸ « Cassis de Dijon », affaire 120/78 : « les obstacles dans la Communauté résultant de disparités entre les lois nationales relatives à la commercialisation de produits doivent être acceptées dans la mesure où ces dispositions doivent être reconnues comme étant nécessaires afin de satisfaire aux conditions impératives relatives en particulier à (...) la défense du consommateur ». « De Agostini » (Svenka), affaires 35/95 et 36/95 : « Le commerce loyal et la protection des consommateurs en général, sont des conditions impératives d'importance publique générale, pouvant justifier des obstacles à la libre circulation des marchandises ».

¹³⁹ *Précité*, note 126.

¹⁴⁰ BGH, 22 juin 1972, B.G.M.Z., 59, p. 83. - BGH, 19 mars 1997 et 26 octobre 1993, IPRAX, 1990, p. 220

exigences d'application de l'article 5. A cela, on peut également ajouter une décision française¹⁴¹ qui a abouti, après interprétation, à un résultat plus ou moins similaire¹⁴².

D'autre part, la *Cour supérieure du Québec*¹⁴³ a eu à se prononcer sur la nature de la loi protégeant le consommateur. Au travers de cette décision, le tribunal admet que la loi invoquée est d'ordre public et qu'on ne peut y déroger. A cette occasion, il souligne la différence entre l'ordre public interne et international et précise en ces termes « ce qui est contraire à l'ordre public interne ne l'est pas nécessairement à l'ordre public international »¹⁴⁴. En résumé, même si la Cour québécoise s'est clairement exprimée sur ce point, on ne peut préjuger de la qualification que fera le juge étranger de la *Loi sur la protection du consommateur* québécoise. Cependant, on pourrait s'étonner s'il adoptait une réponse différente en érigeant cette loi comme constitutive de règles d'ordre public international.

En définitive, on peut émettre de sérieuses réserves quant à l'avenant d'une protection au bénéfice du consommateur réputé « actif ». Ainsi, les articles 3111, 3112 et 3113 C.c.Q. trouveront à s'appliquer sans réserve.

¹⁴¹ Cass., 19 octobre 1999 (*Rev. Crit. D.i.p.*, 2000, p. 29, note P. Lagarde ; *Clunet*, 2000, p. 328, note J.-B. Racine) cassant Colmar, 28 mai 1997.

¹⁴² Cette décision française avait développé une interprétation aboutissant à un résultat similaire, quoique sur base d'un raisonnement différent : elle avait estimé que, puisque les lois protectrices du consommateur étaient visées par l'article 5, ce type de normes était dès lors totalement exclu du champ d'application de l'article 7 ; cet arrêt a été cassé, mais pour des motifs tout autres, de sorte qu'on ignore l'opinion de la Cour de cassation de France à ce sujet.

¹⁴³ *Belisle National Leasing c. Bertrand*, précité, note 5.

¹⁴⁴ *Id.*

CONCLUSION

De l'imbroglia juridique à la *Lex Electronica*

L'examen que nous avons fait des questions que pose la détermination de la loi applicable aux contrats conclus sur la toile révèle la difficulté de rendre compatible les règles de droit international privé à des opérations essentiellement immatérielles.

Des progrès évidents ont été accomplis ces dernières années, notamment sur l'impulsion de l'Union Européenne ou d'autres organismes régionaux, mais, comme nous l'avons vu, les solutions restent souvent bancales et l'harmonie n'est pas toujours au rendez-vous.

Dans le contexte de la présente étude, on peut relever deux exemples typiques confirmant ce constat :

- Au plan du B to B, la difficile adaptation des règles subsidiaires de rattachement au monde virtuel et l'incohérence, à tout le moins théorique, entre les solutions proposées en matière de loi applicable par la Convention de Rome et la directive CE sur le commerce électronique ;
- Au plan du B to C, le choix de solutions qui, dans un but de protection du consommateur n'étant pas en soi illégitime, amènent une « renationalisation » des réponses données et ce, dans un secteur qui se veut par définition ouvert sur l'universel ;

Devant une telle situation, nombreux sont les juristes qui proposent une solution alternative en vue de suppléer aux carences des institutions classiques : une « *lex electronica* » qui organiserait au niveau mondial les transactions sur Internet tout en ménageant également à ce niveau, une protection réelle du consommateur. Ce nouveau corps de règles matérielles d'origine internationale capable de relever le « challenge » de la régulation du commerce sur la toile s'inspirerait, dans sa méthode, de ce que les acteurs du commerce international ont réussi à réaliser par l'élaboration d'une « *lex mercatoria* ».

Cette solution est séduisante dans son principe mais relève encore partiellement de l'utopie : comment arriver à des solutions juridiques acceptables par tous les usagers de la toile (commerçants et consommateurs) et, surtout quelles autorités (arbitrales ?) devront trancher les litiges nés de l'application de la « *lex electronica* » ?

Je terminerai, cependant, en mentionnant deux exemples concrets qui indiquent que la réalisation de cette utopie n'est pas si éloignée que certains pourraient le penser :

- Il est traditionnellement admis en vertu du sacro-saint principe de la territorialité évoqué en début de la présente analyse que la loi contractuelle (« *proper law of the contract* ») doit toujours être celle d'un Etat. Le projet de règlement Rome I, en son article 3 § 2 ouvre ici une brèche importante en permettant désormais aux parties de choisir comme loi applicable, un droit non étatique qui ne peut certes encore être la « *lex mercatoria* » jugée trop imprécise par les institutions européennes mais peut consister, par exemple dans les principes UNIDROIT ou les « *Principles of Contractual Law* ». Cette atteinte, encore timide, au principe de la territorialité, ne manque pas d'ouvrir des perspectives intéressantes. Une hirondelle ne fait pas le printemps, mais elle l'annonce.

- La Commission Européenne a lancé un forum de discussion (« E-confidence Forum ») permettant l'échange entre internautes d'informations et d'expériences dans le domaine du règlement extrajudiciaire des litiges concernant le Commerce Electronique. Il n'est pas interdit de voir dans cet outil l'ébauche de la création à plus longue échéance d'une « lex electronica » avec son système particulier de résolution des litiges.

Le droit de l'Internet n'est qu'à ses débuts et devra trouver sa place parmi les institutions juridiques existantes, en particulier au niveau international. Le défi est, cependant, passionnant, car il appartiendra aux juristes de faire preuve d'imagination afin de parvenir à trouver aux problèmes actuels les solutions appropriées attendues par des millions d'internautes de par le monde.