

UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES

PARIS II - PANTHEON-ASSAS

**LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS DU COMMERCE
ELECTRONIQUE**

Mémoire de D.E.S.S. de Droit du Multimédia et de l'Informatique

Sous la direction de Monsieur le Professeur J. Huet

Année universitaire 2000-2001

Camille Froment

L'UNIVERSITE N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION OU IMPROBATION AUX
OPINIONS EMISES DANS CE MEMOIRE : CES OPINIONS DOIVENT ETRE CONSIDEREES
COMME PROPRES A SON AUTEUR.

INTRODUCTION

La sécurité juridique n'est pas le premier souci des jeunes entreprises actives sur l'Internet¹. Le constat ressort d'une étude menée à partir d'un échantillon d'entreprises hétérogènes, fournisseurs d'accès et entreprises opérant sur les secteurs orientés vers les entreprises (*Business to Business* ou *B to B*) ou les consommateurs (*Business to Consumer* ou *B to C*). Sur les quatre cents entreprises européennes interrogées, réparties à parts égales sur quatre pays (France, Royaume-Uni, Allemagne et Pays-Bas), entre la *start-up* comprenant un seul salarié déclaré et la société comptant plus de cent personnes, 40 % avouent n'avoir pas été conseillées au sujet des exigences de la réglementation internationale en matière contractuelle.

La sécurité des contrats conclus en ligne avec des clients étrangers est sans aucun doute un aspect préoccupant de la pratique actuelle du commerce électronique. C'est ce qui motive notre étude entièrement consacrée à la détermination de la loi applicable aux contrats du commerce électronique en application des règles de droit international privé françaises.

Que faut-il entendre par contrat du commerce électronique²? Le commerce électronique ne se limite pas au seul réseau Internet³ même si ce dernier présente aujourd'hui les plus forts enjeux économiques, il comprend également les réseaux numériques spécialisés, tels que les réseaux bancaires (SWIFT), les Intranets, les réseaux d'Echange de Données Informatisés (EDI), etc.. Il se présente comme l'échange de biens ou de services par l'intermédiaire d'un réseau électronique ouvert ou fermé, sanctionné par un paiement, électronique ou non. C'est donc la rencontre de l'offre et de son acceptation, par l'intermédiaire de moyens informatiques, de manière dématérialisée, qui caractérise le contrat de commerce électronique. Peu importe que le paiement s'effectue par un moyen électronique ou traditionnel. Peu importe que le bien ne soit pas numérique et qu'il ne transite pas sur le réseau.

¹ « Les « compagnies.com » ignorent souvent les contraintes juridique », *La Tribune*, 23 mars 2001, p. 37

² Sur cette question, v. Lamy droit des médias et de la communication, n° 467-101 et s.

³ Nous utiliserons indistinctement les termes Internet, internet ou encore l'Internet.

En résumé, les contrats du commerce électronique sont indifféremment les contrats conclus en ligne⁴ et exécutés hors ligne⁵ et les contrats conclus et exécutés en ligne. Mais il importe de distinguer les conséquences juridiques liées à l'une et à l'autre de ces deux catégories de contrats.

Parmi les contrats du commerce électronique, seuls les contrats internationaux retiendront notre attention. En effet, le problème de la détermination de la loi applicable ne peut se concevoir dans un contrat interne impérativement soumis au droit national du pays dans lequel il vient s'inscrire automatiquement⁶.

La jurisprudence française s'est efforcée de définir le contrat international⁷. A strictement parler, le contrat international est celui qui présente lui-même et directement un élément de rattachement avec l'étranger. La jurisprudence l'a caractérisé par un mouvement de « *flux et de reflux* » de valeurs, de services ou de biens au travers des frontières ou par le fait qu'il « *se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats* ». Elle a admis également un critère plus souple, le critère économique, selon lequel l'opération en cause « *met en jeu les intérêts du commerce international* ».

Le contrat international est encore défini selon divers critères dans les conventions internationales. Il est essentiel de retenir que le caractère international d'un contrat, loin d'être absolu, s'apprécie différemment selon l'instrument juridique envisagé. Cela ne sera pas sans poser de difficultés lorsqu'il s'agira, au cours de notre développement, d'appliquer ces différents critères aux contrats du commerce électronique. Le commerce électronique, en abolissant les frontières et les distances entre les personnes, est incontestablement international par nature. Il est tout aussi incontestable que les règles de droit international privé concernant la loi applicable aux contrats ont été conçues pour un monde physique et non dématérialisé.

⁴ Traduction littérale de l'anglais *on line*.

⁵ Traduction littérale de l'anglais *off line*.

⁶ C. Kessedjian, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable », *RIDC* 1995, n° 2, p. 373.

⁷ B. Audit, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Collection Droit Civil, *Economica*, 2000, n°794

Enfin, il convient de préciser que l'objet de cette étude ne s'étend pas à toutes les questions intéressant le domaine contractuel. Il se concentre sur le problème de la loi applicable au fond. Ne sont donc pas envisagées les questions spécifiques de la capacité des parties, la forme et la preuve de l'acte, ainsi que les modalités de paiement. Ces questions renvoient à des réglementations particulières du commerce électronique (signature électronique, monnaie électronique) qui excèdent le cadre dédié. De même, le droit d'auteur et les droits voisins sont écartés de cette étude du fait de la réglementation particulière y afférente.

Il y a lieu de rechercher quelle est la loi applicable aux contrats du commerce électronique, en suivant la distinction traditionnelle entre les contrats conclus par des professionnels (Section I) et les contrats conclus par des consommateurs (section II).

SECTION I. LES CONTRATS CONCLUS ENTRE PROFESSIONNELS

Par contrats du commerce électronique conclus entre professionnels, ou contrats *B to B*, on entend les contrats d'exploitation au sens strict, conclus entre un fournisseur et un client professionnel, par voie électronique. Par conséquent, ne sont pas visés dans ce chapitre les contrats préalables à l'exploitation, tels que les contrats passés avec les prestataires de services informatiques pour l'intégration de système, la réalisation de site *web*, la maintenance, l'hébergement, etc. qui appartiennent à la catégorie définie des contrats informatiques, ni les conventions de partenariat entre fournisseurs telles que les contrats d'affiliation ou de référencement. D'autant que de tels contrats ne sont pas généralement conclus par voie électronique.

En principe, la loi applicable aux contrats est déterminée selon la méthode conflictuelle, c'est-à-dire en application des règles uniformes de conflit de lois édictées par les conventions internationales qui se substituent aux règles de droit interne préexistantes (II).

Le juge doit également appliquer les règles substantielles contenues dans la convention de Vienne de 1980 uniformisant les règles matérielles applicables aux ventes internationales de marchandises (I).

I. L'APPLICABILITE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE MATERIEL

La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) pose les règles de fond s'appliquant aux ventes internationales de marchandises. La CVIM est entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 1988. Depuis lors, sous réserve des dispositions de droit transitoire, le juge français doit appliquer les règles substantielles contenues dans la convention. Afin de s'interroger sur l'applicabilité de la CVIM aux contrats du commerce électronique conclus entre professionnels, il convient de préciser, d'une part, le champ d'application matériel de la convention (A) et, d'autre part, son champ d'application dans l'espace, déterminé selon le critère d'établissement des parties (B).

A. LE DOMAINE MATERIEL

La CVIM concerne les seuls contrats de vente (1) de marchandises (2).

1. Les contrats de vente

Le contrat de vente n'est pas défini par la convention. De l'article 30⁸ qui oblige le vendeur à transférer la propriété des marchandises, on déduit toutefois que la qualification de vente ne concerne que les accords translatifs de propriété. Sont donc exclus les contrats de prêt ou location. Par conséquent, on doit considérer que la vente en ligne par abonnement avec essai gratuit des logiciels de bureautique ou de comptabilité aux clients *SOHO*⁹, présentée par des *ASP*¹⁰ comme le mode distribution des logiciels standards de l'avenir, ne rentre pas dans le champ d'application de la CVIM¹¹.

En outre, la convention exclut expressément de son domaine matériel certains contrats eu égard, soit à la nature de la vente, soit aux modalités de la vente. Il s'agit, pour la première série d'exclusions, des contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire lorsque l'acheteur fournit une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication ou à la production, ainsi que des contrats complexes associant une prestation de service à l'obligation pour le vendeur de fournir les marchandises, sans qu'il soit possible de distinguer dans le contrat les deux opérations¹². La seconde série d'exclusions concerne les ventes sur saisie, par autorité de justice ou aux enchères¹³. Du point de vue du droit international privé, cette exclusion est classique et se justifie par le caractère impératif de la réglementation dont elle est l'objet en vertu du droit local.

⁸ « Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant. »

⁹ *Small Office Home Office*, anglicisme forgé avec l'avènement de la nouvelle économie désignant un type de clientèle tel que les PME, professions libérales, etc. *Home Office* vise également la clientèle des particuliers fortement consommateurs de produits informatiques à leur domicile pour des activités non professionnelles. Dans notre exemple, nous visons la clientèle des petites entreprises uniquement.

¹⁰ *Application Service Provider*, autre anglicisme né avec la nouvelle économie désignant les "fournisseurs de service internet".

¹¹ Nous n'envisageons pas ici la nature et la qualification des logiciels. V. *infra*, 2.

¹² CVIM, art. 3 : « 1. Sont réputés vente les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production. 2. La présente convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services. »

Toutefois, l'exclusion des ventes aux enchères du domaine de la CVIM combinée aux dispositions du droit local pourra créer des incertitudes en matière de commerce électronique entre commerçants. Précisément, depuis la loi du 10 juillet 2000¹⁴ réformant la réglementation française en matière de vente aux enchères et introduisant de nouvelles dispositions touchant aux enchères par voie électronique, les opérations réalisées entre professionnels sur les places de marché sur internet (*marketplace*) pourraient être qualifiées par le juge de ventes aux enchères publiques et, par conséquent être exclues du champ d'application de la CVIM.

L'article 3 de la loi du 10 juillet 2000 dispose que :

« le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs constitue une vente aux enchères publiques au sens de la présente loi.

Les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques ».

Le modèle économique des places de marché se définit comme l'organisation de « transactions entre acheteurs et vendeurs sur le modèle des enchères, sans que les parties aient une quelconque liberté de négociation après la conclusion des enchères », en assurant « l'anonymat des vendeurs et des acheteurs professionnels pour des raisons commerciales »¹⁵.. De telles caractéristiques semblent incompatibles avec la définition de courtage posée à l'article 3 alinéa 2 ci-dessus, qui exige l'absence d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente. A défaut de caractériser des opérations de courtage, les places de marché sur le net réaliseraient des ventes aux enchères et seraient soumises au

¹³ CVIM, art. 2 : « La présente convention ne régit pas les ventes : a) (...); b) aux enchères ; c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ; (...). »

¹⁴ Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, *J.O.* 11 juillet 2000, p. 10474.

¹⁵ « Lettre ouverte au législateur : A propos de la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de la communication (articles 43-7 à 43-10) et de la loi du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (article 3). », par dix avocats spécialistes des nouvelles technologies de l'information et de la communication, www.legalnews.fr ; *Légipresse* 2001, n° 178, II, p. 14.

régime légal des ventes de meubles aux enchères publiques, à peine de sanctions. Le juge français pourrait en tirer les conséquences et refuser d'appliquer la CVIM aux transactions sur ces places de marché. Il nous faudrait donc admettre que la CVIM n'a pas vocation à régir ce pan du commerce électronique entre professionnels, appelé à se développer rapidement.

Cette situation, on l'a vu, ne tient pas tant à la CVIM qu'à la loi française. Cela nous autorise à penser que le remède pourrait être administré assez facilement sans qu'il y ait lieu de remettre en question la convention, par amendement de la loi interne ou par des précisions apportées par la jurisprudence, dès que les tribunaux auront l'occasion de qualifier les transactions sur les places de marché au regard de la loi du 10 juillet 2000.

Du jour où on acquerra la certitude que les transactions entre vendeurs et acheteurs professionnels sur les places de marché sur internet ne peuvent être qualifiées de ventes aux enchères, la CVIM sera en principe applicable pour le juge français, sous réserve des précisions ci-après.

2. La vente des marchandises

La CVIM concerne la vente des marchandises. Sont expressément exclues du domaine de la convention les ventes de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies, les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ainsi que les ventes d'électricité¹⁶. Ces dispositions n'auront qu'une faible incidence voire aucune incidence sur les contrats du commerce électronique entre commerçants. Il est évident que les transactions portant sur de tels biens doivent répondre aux exigences d'une réglementation spécifique.

De l'esprit général des dispositions de la CVIM relatives aux obligations des parties, il se déduit qu'elle ne concerne que les ventes de biens corporels. Pour un auteur, cela ne signifie pas pour autant que son application aux ventes de biens incorporels est exclue¹⁷. Selon cet auteur, dès lors que les solutions retenues par la convention sont adaptées à la

¹⁶ CVIM, art. 2 : « *La présente convention ne régit pas les ventes : a) (...); d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies ; e) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ; f) d'électricité.* »

¹⁷ V. Heuzé, « La vente internationale », *Pratique des contrats internationaux, Dictionnaire Joly*, Tome 3, Livre XI, 1999, n° 75.

vente d'un bien incorporel envisagé, il convient de retenir son application. Par exemple, il ne fait pas de doute que les règles conventionnelles qui gouvernent la livraison ou la vérification de conformité des marchandises n'ont pas de sens lorsqu'on les applique à une cession de marque. On devrait donc considérer que les marques ne sont pas des marchandises au sens de la convention et que les opérations les concernant n'entrent pas dans le domaine de la convention.

Le cas des programmes d'ordinateurs est plus complexe. Selon l'auteur, la fourniture d'un logiciel standard doit s'analyser en la vente d'un exemplaire du logiciel (bien corporel), en cela comparable à la vente d'un livre ou d'un disque, et non en une opération portant sur l'œuvre (bien incorporel). Les règles conventionnelles étant parfaitement applicables à la vente du logiciel standard, la qualification de vente de marchandises devrait être retenue. Cette solution vaudrait aussi bien dans l'hypothèse où le logiciel est incorporé dans un support matériel que dans l'hypothèse où le logiciel est téléchargé sur un disque dur, les seules dispositions relatives à la livraison mises à part. En revanche, la fourniture d'un logiciel spécifique ne peut s'analyser en un contrat de vente au sens de la convention. La « *part prépondérante de l'obligation* » du fournisseur d'un logiciel spécifique correspond au développement dudit logiciel et consiste en une prestation de service. La fourniture d'un tel logiciel est par conséquent exclue du domaine de la CVIM en application des dispositions de l'article 3.2.

Une telle conception extensive du domaine matériel de la CVIM présente indubitablement l'avantage de ne pas exclure d'emblée son application pour une part conséquente du commerce électronique entre professionnels, le marché de la nouvelle économie s'étant immédiatement et durablement porté vers la fourniture et l'exploitation des logiciels. Toutefois, cette position est contredite par les instruments communautaires et internationaux récents qui admettent que ce qui s'échange par voie électronique constitue avant tout des informations, lesquelles doivent être assimilées à des services¹⁸. C'est la position adoptée par la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

¹⁸ C. Kessedjian, « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », Conférence de La Haye de droit international privé, Rapport des travaux à Ottawa, Document préliminaire n° 12, août 2000, www.hcch.net/f/conventions.

qui consacre la notion de « *services de la société de l'information* »¹⁹. La CVIM ne devrait donc pas être applicable aux transactions entre professionnels portant sur la vente de *software*²⁰ par voie électronique (téléchargement). Plus généralement, la convention devrait être écartée pour tous les contrats conclus et exécutés en ligne puisqu'ils portent sur des services et non des marchandises.

La CVIM demeurant applicable aux contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne, il convient de vérifier que de tels contrats satisfont à l'exigence du caractère international de la vente, tel que défini par la convention.

B. LE DOMAINE DANS L'ESPACE

La CVIM s'applique aux contrats de vente de marchandises à la condition que les parties soient établies sur le territoire d'Etats différents (1). Cette condition est d'application difficile pour les contrats conclus par voie électronique (2).

1. La condition d'établissement sur le territoire d'Etats différents

L'article 1.1 de la CVIM prévoit que la « *convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents : a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant* ». La convention reconnaît donc un seul critère d'internationalité du contrat, l'établissement des parties dans des Etats différents. Tout autre critère doit être écarté, par exemple la conclusion ou l'exécution du contrat à l'étranger, le lieu de la situation des marchandises ou la nationalité des parties²¹.

¹⁹ La directive 2000/31 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 énonce que « *la définition des services de la société de l'information (...) couvre tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (...) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services* », considérant 17, *JOCE* série L, n° 178, 17 juillet 2000, p. 3.

²⁰ Logiciels.

²¹ L'article 1.3 de la CVIM précise que « *ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente convention* ».

A défaut d'établissement d'une partie, sa résidence habituelle en tient lieu²². En cas de pluralité d'établissement, il faut prendre en considération l'établissement « *qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat* »²³.

Par ailleurs, les parties doivent impérativement avoir connaissance du caractère international du contrat lors de sa conclusion. A défaut, la convention est inapplicable. L'article 1.2 de la CVIM prévoit expressément qu' « *il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat* ».

Il ne suffit pas que les parties au contrat soient établies dans des Etats différents, il faut en outre, soit que les Etats dans lesquels les parties ont leur établissement aient adhéré à la CVIM, soit que la loi applicable au contrat désignée par la règle de conflit du for soit celle d'un Etat ayant adhéré à la CVIM.

2. Le critère d'établissement confronté aux contrats conclus en ligne

Le critère d'établissement des parties est au cœur du dispositif. Il soulève pour les contrats conclus en ligne la difficulté suivante : les parties n'auront pas nécessairement connaissance du lieu d'établissement de leur cocontractant en raison de l'absence de contact physique entre elles.

Les auteurs, dans le cadre des instances internationales mènent une réflexion afin de trouver des solutions. Un courant, regroupant essentiellement les défenseurs de la thèse du cyberspace²⁴, a proposé d'assimiler les *TLD*²⁵ géographiques nationaux aux territoires des Etats. Un site *web* enregistré sous un nom de domaine en *.fr* serait à lui seul un

²² CVIM, art. 10.b.

²³ CVIM, art. 10.a.

²⁴ Cette thèse propose de considérer le cyberspace comme un espace extra territorial, international per se, par analogie avec l'espace extra atmosphérique.

²⁵ *Top Level Domain*, désigne l'extension géographique (*.fr*, *.de.*, *.uk*, et.) ou générique (*.com*, *.org*, etc.) d'un nom de domaine.

établissement situé en France. L'Association Française pour le Nommege Internet en Coopération (AFNIC) subordonne l'attribution à une société d'un nom de domaine dans la zone *.fr* à la production d'un extrait K-bis prouvant son immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés²⁶. L'existence d'un établissement responsable de l'exploitation du site en France étant ainsi contrôlée par l'AFNIC, on pourrait valablement considérer que le site constitue vis-à-vis des tiers, en particulier les utilisateurs du site, un établissement situé en France.

Cette solution est largement critiquée. Premièrement, elle résoudrait partiellement les difficultés car sont nécessairement exclus les nombreux sites exploités sous une extension générique, en particulier les *.com*. Deuxièmement, si l'argumentaire vaut pour l'AFNIC, les règles établies dans sa Charte de Nommege ne sont pas universelles. De fait, ce contrôle n'est pas exercé dans l'ensemble des pays européens ; une société étrangère pourra obtenir dans certains pays une extension géographique nationale sans avoir à justifier de son immatriculation locale. Troisièmement, un site est trop éphémère pour constituer un établissement stable. Un site *web* s'analyse en une combinaison de logiciels et de données électroniques, constituant ainsi une entité dématérialisée non localisable qui ne peut représenter par elle-même un établissement stable²⁷. La preuve de ce caractère éphémère et non localisable réside bien dans le fait qu'un site *web* peut être hébergé chez un prestataire tiers sans considération de frontières et que le responsable du site peut changer de prestataire à tout moment.

L'ensemble des travaux à l'échelle communautaire et internationale semble se diriger aujourd'hui vers la certitude qu'un site de commerce électronique ne peut constituer un établissement à lui seul. Le consensus est illustré par les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé²⁸ et plus particulièrement par la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Selon la directive, « *le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice,*

²⁶ V. Les règles de nommege spécifiques à la zone *.fr* dans la Charte de Nommege de l'AFNIC, www.afnic.asso.fr.

²⁷ Cette idée est développée par le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE dans ses commentaires du 22 décembre 2000 sur l'article 5 de la Convention fiscale modèle OCDE, précisant les contours de la notion d'établissement stable dans le cadre du commerce électronique, lettre fiscale SHH du 15 février 2001.

²⁸ C. Kessedjian, « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », préc. L'auteur évoque notamment « *la possibilité d'exclure au sein de la liste de l'article 18.2 de l'avant-projet de*

selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée »²⁹. Par ailleurs, le texte de la directive établit que « *la présence et l'utilisation de moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire* »³⁰. Ces dispositions suffisent à exclure définitivement l'idée selon laquelle le site pourrait constituer un établissement. Elles remettent également en cause une autre hypothèse qui consistait à admettre que le serveur pourrait constituer un établissement.

Un auteur³¹ rappelle cependant que la directive ne vise pas à établir des règles spécifiques de droit international privé relatives aux conflits de loi et de juridictions et ne se substitue pas aux conventions internationales y afférentes³². Cela signifierait que la notion d'établissement retenue par la directive ne s'imposerait pas lors de la mise en œuvre desdites conventions, y compris la Convention de Vienne. La notion d'établissement telle que définie par la directive « *constitue néanmoins un élément qui devra être pris en considération, parmi d'autres, pour déterminer le lieu d'établissement du prestataire* ». Rien ne s'oppose par conséquent à ce que, parmi ces éléments, on retienne dans le cadre de la CVIM, « *malgré les affirmations de la directive, le lieu où se trouve la technologie supportant le site ou le lieu où le site est accessible s'il s'agit d'éléments connus par les parties* ». En effet, selon cet auteur, contrairement à la directive qui est inspirée de la doctrine du siège principal, les rédacteurs de la CVIM ont préféré donner à la notion d'établissement un contenu objectif qui privilégie la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution³³.

Il serait tout de même plus satisfaisant, en dépit des affirmations de l'auteur, de parvenir à une harmonisation des concepts d'établissement dans le contexte du commerce électronique. C'est sans aucun doute une des questions auxquelles un nouvel instrument de droit international privé, dont les solutions seraient aussi conçues en terme de commerce

convention [sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale] les sites internet comme seule base de compétence ».

²⁹ Considérant 19.

³⁰ Art. 2.c.

³¹ Alessandra Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », *RDAI* 2000, n° 5, p. 533.

³² V. *infra*, II, A, 2.

³³ CVIM, art. 10.a, préc.

électronique, serait bien venu de répondre. Dans l'attente d'une solution harmonisée, on peut souligner que l'intervention d'autres textes contribuera à ce que les parties parviennent à identifier le caractère international d'un contrat conclu en ligne.

Il s'agit notamment des dispositions relatives à l'obligation d'information, contenues dans la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, et en partie présentes dans notre droit interne.

L'article 5 de la directive dispose que :

« les Etats membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes : a) le nom du prestataire de services ; b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ; c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui ; d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre ; (...) ».

La loi du 1^{er} août 2000³⁴ a également introduit en droit français l'obligation pour les personnes morales dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne autre que de correspondance privée de tenir à la disposition du public *« leur dénomination ou raison sociale et leur siège social »*. Ces dispositions se situent toutefois en deçà des objectifs posés par l'article 5 de la directive. Il est d'ores et déjà prévu que la prochaine loi sur la société de l'information (LSI), actuellement en cours de préparation par le gouvernement, complète le dispositif légal. Le dernier avant-projet de LSI rendu public comporte un article 24 énonçant que toute personne qui exerce une activité de commerce électronique, entendue comme la fourniture de biens ou de services faite à distance, par voie électronique et à titre professionnel, doit *« garantir, directement et en permanence, un accès facile »* à certaines informations, en particulier *« son identification personnelle,*

³⁴ Loi du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.* 2 août 2000, p. 11903.

professionnelle et fiscale ». Il est également prévu qu'un décret en Conseil d'Etat pourra préciser le contenu de ces informations et les modalités selon lesquelles elles devront être accessibles.

Il n'est pas utile de s'attarder sur la formulation de l'avant-projet car elle est susceptible d'évoluer fortement. Il convient simplement d'en retenir l'idée force, l'identification du responsable du site. Cela permettra aux parties, entre autre, d'identifier le caractère international d'un contrat lors de sa conclusion en ligne, au sens de la CVIM. Cette solution n'est bien entendu valable que lorsque le responsable du site est soumis au droit communautaire, c'est à dire lorsqu'il est établi dans la Communauté au sens de la directive.

S'il n'y a pas de raison de douter a priori de l'applicabilité de la CVIM au commerce électronique, il ressort des différents points soulevés précédemment que :

- (a) la convention ne s'applique pas à certaines transactions inédites du commerce électronique, rendues possibles grâce à l'évolution des technologies de communication ("vente à durée limitée") ;
- (b) la convention ne s'applique pas aux transactions conclues et exécutées en ligne ;
- (c) la convention pourrait trouver à s'appliquer pour les transactions portant sur des marchandises "classiques", conclues en ligne et exécutées hors ligne, mais ne pourra en définitive être appliquée, faute pour les parties de déterminer le caractère international de la transaction.

Ce constat mène à penser qu'une adaptation des règles matérielles existantes est nécessaire.

La CVIM contient des règles relatives à la formation du contrat et aux obligations respectives du vendeur et de l'acheteur qui rendent inutile le recours à la règle de conflit. En revanche, les questions relatives à la validité du contrat et au droit de propriété sur les marchandises sont laissées hors du champ d'application de la convention. Lorsque la

CVIM ne s'applique pas, il faut avoir recours aux règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable.

II. L'APPLICABILITE DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

Plusieurs conventions internationales de droit international privé uniforme existent en matière contractuelle. Celles qui nous intéressent directement sont la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (B) et la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (C). Au préalable, il convient de rappeler les principes retenus par la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique en matière de loi applicable (A).

A. LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE³⁵

La directive opère la distinction traditionnelle entre la loi applicable à l'accès et à l'exercice de l'activité de commerce électronique et la loi applicable aux contrats du commerce électronique. La première sera déterminée en application des dispositions de la directive (1) tandis que la seconde est exclue de son champ d'application (2).

1. Détermination de la loi applicable à l'accès et à l'exercice de l'activité de commerce électronique en application de la directive

Le droit communautaire, dont la finalité est d'assurer le bon fonctionnement du Marché Intérieur, consacre le principe selon lequel l'activité d'un prestataire relève principalement de la loi du pays dans lequel il a son établissement³⁶. La directive sur le commerce électronique est une illustration de ce principe fondamental. Elle expose dans le préambule que, « *afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information*

³⁵ 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 (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE* série L, n° 178, 17 juillet 2000, p. 1.

³⁶Développant ce principe, J. Huet, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Petites Affiches*, 26 sept. 1997, n° 116, p. 9.

doivent être soumis en principe au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi »³⁷.

L'article 3 relatif au Marché Intérieur dispose que « *chaque Etat membre doit veiller 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* ». En corollaire, « *les Etats membres ne peuvent, 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* », sauf les cas d'exception classiques, à savoir lorsque les mesures de restriction sont motivées par l'ordre public, la protection de la santé publique ou la sécurité publique et proportionnées au but poursuivi³⁸.

Il faut donc retenir que l'activité du responsable d'un site de commerce électronique sera régie par la loi de l'Etat dans lequel il aura son établissement³⁹. Toutefois, l'application du principe de la "loi d'origine" se limite au « *domaine coordonné* ». Le domaine coordonné correspond en réalité aux règles qui ont été harmonisées au plan communautaire, en particulier dans la directive, et qui encadrent l'accès et l'exercice de l'activité de commerce électronique, notamment « *les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification* » et « *les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire* »⁴⁰.

2. Détermination de la loi applicable aux contrats du commerce électronique en application des règles de droit international privé

Sont exclus du dispositif énoncé précédemment certains domaines spécifiques⁴¹, listés en annexe de la directive, en particulier « *la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat* ». La loi applicable aux contrats du commerce électronique ne sera donc pas

³⁷ Considérant 22.

³⁸ Art. 3.4.

³⁹ Sur la notion d'établissement au sens de la directive, v. *supra*, I, B, 2.

⁴⁰ Art. 2.h.

⁴¹ Art. 3.3.

déterminée en application du principe de la "loi d'origine". Par conséquent, il convient d'appliquer les règles traditionnelles de désignation de la loi applicable⁴².

L'exception est conforme à la volonté affirmée de la directive de ne pas établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois⁴³. La position adoptée par le Conseil suscite de vives critiques de la part des professionnels. Certains n'ont pas hésité à affirmer que « *l'incertitude actuelle ne peut profiter ni aux entreprises ni aux consommateurs. Chercher à convaincre qu'il est de l'intérêt des consommateurs européens de voir perdurer les incertitudes actuelles du commerce électronique plutôt que d'être confronté au principe de la loi du pays d'origine (voire à la loi d'autonomie pour les obligations contractuelles) dans un cadre juridique communautaire largement doté de règles communes, relève d'une grave erreur d'appréciation* »⁴⁴. S'il est juste que des incertitudes demeurent pour les acteurs du commerce électronique sur l'application des règles nationales protectrices des consommateurs⁴⁵, une telle interprétation des principes posés par la directive est pour le moins étonnante⁴⁶. Précisément, du fait de l'exclusion, les parties sont soumises à la loi d'autonomie par le jeu des conventions internationales. Les Etats ne pourront pas imposer l'application de leur droit national aux contrats. Il convient donc d'examiner les conventions internationales applicables, la Convention de La Haye de 1955, puis la Convention de Rome.

B. LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1955

La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels est entrée en vigueur en France le

⁴² C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 2^{ème} éd., Dalloz Dunod, 2000, p. 258 ; www.reseaux-telecoms.net.

⁴³ Le considérant 23 expose que « *la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux* » et l'article 1.4 dispose que « *la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ».

⁴⁴ Pour la Fédération Européenne de Marketing Direct (FEDMA), M. Lolivier et A. Caparros, « Pays d'origine et commerce électronique - Défense des intérêts des entreprises et de consommateurs européens », *Gaz. Pal.* 17-18 nov. 1999, doctrine, p. 4. Noter que cet article se réfère à la proposition de directive.

⁴⁵ V. *infra*, Section II.

⁴⁶ Un auteur a pu expliquer l'origine d'une telle interprétation de la directive. Selon P. Thieffry, « *sans doute en raison d'une maladresse de rédaction sur ce sujet qui a fait l'objet de débats passionnés et souvent mal informés, une lecture littérale de la directive conduit à considérer que l'interdiction des restrictions à la libre circulation des services ne s'applique pas à la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat,*

1^{er} septembre 1964. Elle aurait du être remplacée par la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises. Cette dernière n'étant pas en vigueur à ce jour, faute du nombre nécessaire de ratifications et d'adhésions par les Etats⁴⁷, seul le régime institué par la convention de 1955 est applicable.

La convention a une vocation universelle et s'applique sans condition de réciprocité⁴⁸. Les règles de conflit qu'elle établit se substituent aux règles existantes des Etats parties, quels que soient les éléments d'extranéité présenté par le cas d'espèce⁴⁹. La question se pose de savoir dans quelle mesure les contrats du commerce électronique peuvent entrer dans le champ d'application de la convention (1). Si on considère que la convention est applicable à certains contrats du commerce électronique, il convient de mentionner les règles de détermination de la loi applicable (2).

1. Le domaine d'application de la convention

Le domaine de la convention est délimité par la combinaison de chacun des trois termes qui composent son titre. Elle est applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels⁵⁰. Sont exclues de son domaine d'application les obligations autres que la vente, sous réserve de l'article 1^{er} al. 3 de la convention qui stipule que, pour l'application de la convention, « *sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication et à la production* ». A cet égard, la notion de vente est ici plus large que celle adoptée par la Convention de Vienne⁵¹.

voire même que les Etats membres pourraient imposer leur droit national », dans « L'émergence d'un droit européen du commerce électronique », *RTD eur.*, oct.-déc. 2000.

⁴⁷ L'article 27.1 prévoit que « la convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 25 ».

⁴⁸ B. Audit, *Droit international privé*, préc., n° 792. Contrairement à ce qui est affirmé par O. Iteanu dans son ouvrage *Internet et le droit - Aspects juridiques du commerce électronique*, Eyrolles, 1996, p. 40 : « A la différence de la Convention de Rome qui s'applique sans conditions de réciprocité (...), la Convention de La Haye ne s'applique qu'aux contrats dont les deux parties sont situées sur le territoire de l'un des pays signataires ».

⁴⁹ A. Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », préc.

⁵⁰ Art. 1^{er} al. 1^{er}.

⁵¹ V. *supra*, I, A, 2.

Sont également exclus de son domaine d'application la vente des biens immobiliers et celle des biens mobiliers incorporels. Contrairement à la Convention de Vienne, l'intitulé de la Convention de La Haye ne laisse aucun doute. Elle n'est pas applicable aux contrats conclus et exécutés en ligne. En revanche, elle peut être applicable aux contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne, à la condition de présenter un caractère international.

Autre différence notable avec la Convention de Vienne, le caractère international du contrat de vente n'est pas défini par la Convention de La Haye. L'article 1^{er} al. 4 se contente d'affirmer que « *la seule déclaration par les parties relative à l'application d'une loi (...) ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article* ». Il se déduit de cet alinéa que le caractère international résulte exclusivement d'éléments objectifs. Le texte ne définit pas les éléments objectifs qui doivent être pris en considération. Ils sont laissés à l'appréciation du juge qui appliquera en la matière les règles de droit international privé du for. Ce choix peu contraignant est sans doute favorable à l'application de la convention aux contrats conclus en ligne car il permet d'intégrer n'importe quel élément d'extranéité. Mais quand il s'agit de tenter de déterminer les éléments objectifs d'extranéité en matière de commerce électronique, on a rappelé précédemment que l'incertitude règne encore⁵². On procèdera ici par la méthode du faisceau d'indices.

Afin de contourner la difficulté de rattachement, certains auteurs avancent la thèse du "cyberespace" selon laquelle tout contrat conclu en ligne serait conclu dans un espace "virtuel" international *per se*⁵³. A ce jour, les instances internationales n'accueillent pas favorablement cette thèse et tendent vers la thèse opposée de l'Internet considéré comme simple *medium* et consacrant le principe de neutralité technologique⁵⁴.

⁵² Doit-on prendre en compte la localisation du serveur, le *TLD* géographique national, etc. ? Sur cette question, v.*supra*, I, B, 2.

⁵³ J. Graham, « European Private International Law and E-Commerce - Comments to the Draft Final ABA Report », www.net-org.de ; « Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel », thèse sous la direction de P. Mayer, Université Paris I, à paraître.

⁵⁴ Sur les enjeux de l'approche du cyberespace, C. Rojinsky, « Cyberespace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, chr., p. 844.

2. La loi applicable

La convention consacre le principe d'autonomie. L'article 2 énonce que « *la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat* ».

La convention ne précise pas l'étendue de la liberté de choix des parties. La doctrine, à l'appui du rapport de Julliot de la Morandière⁵⁵, s'accorde à dire que les parties sont autorisées à désigner n'importe quelle loi, même si elle ne présente aucun lien de rattachement avec la relation concernée, sauf fraude à la loi.

Appliqué aux contrats conclus sur internet, le principe d'autonomie peut poser plusieurs difficultés. Par exemple, le vendeur s'assurera plus difficilement que l'acheteur a effectivement accepté la clause d'*electio juris* lors de la conclusion du contrat en ligne, compte tenu de l'arborescence du site *web* (il est possible de contracter sans consulter les pages consacrées aux conditions générales de vente). Autre exemple, certains critères traditionnels du choix implicite de la loi, tels que la langue utilisée dans le contrat ou la monnaie de paiement s'avèrent moins pertinents sur internet. Un auteur fait justement remarquer que dans le milieu électronique, la langue universelle est l'anglais, et même lorsqu'une langue différente est utilisée, il peut s'agir d'une traduction de l'anglais, souvent obtenue automatiquement par un programme d'ordinateur. Le critère de la monnaie de paiement se révèle aussi peu efficace car en général, le prix est payé par un transfert de fonds ou par carte de paiement ; la devise sera choisie en fonction de sa valeur comme unité de mesure plutôt que comme monnaie d'échange⁵⁶. En revanche, on pourra appliquer le critère selon lequel les parties, sans avoir expressément déclaré élire une loi, s'en sont manifestement inspirées pour rédiger leur contrat en recourant à un contrat type en usage dans un pays déterminé ou un contrat d'adhésion établi conformément à la législation du pays qui sert de cadre aux activités de la partie qui l'impose⁵⁷, sous réserve de l'acceptation dudit contrat type ou contrat d'adhésion conformément à ce qui est énoncé ci-dessus.

⁵⁵ V. Heuzé, « La vente internationale », préc., n° 23.

⁵⁶ A. Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », préc., p. 552.

⁵⁷ P. Mayer, Droit international privé, 6^{ème} éd., *Montchrestien*, 1998, n° 718 ; B. Audit, Droit international privé, préc., n° 796.

A défaut de choix exprès ou « indubitable » par les parties, la Convention de La Haye prescrit au juge de tenir compte d'un élément de rattachement unique, le lieu de la résidence habituelle du vendeur ou le lieu de l'établissement du vendeur lorsque la commande a été reçue par un établissement du vendeur⁵⁸. Toutefois, la loi de l'acheteur sera applicable si la commande est reçue par le vendeur ou son représentant dans le pays de la résidence habituelle de l'acheteur, ou de son établissement lorsque l'établissement de l'acheteur a passé la commande⁵⁹.

Appliqué aux contrats conclus en ligne, le critère de rattachement de la convention suscite une interrogation. Faut-il considérer que la commande est reçue dans l'établissement du vendeur où elle est adressée ou bien faut-il considérer qu'elle est reçue dans l'établissement de l'acheteur d'où elle est exprimée ? La doctrine penche pour la première interprétation qui désigne la loi du vendeur, plus respectueuse du texte⁶⁰. Ainsi, on peut penser que le critère de rattachement de la convention est satisfaisant dans le contexte du commerce électronique car, en optant pour la loi du vendeur, il favorise la sécurité juridique des relations commerciales sur l'Internet.

Une précision doit être apportée en matière de vente sur un marché de bourse ou aux enchères. Pour ces ventes, elle prévoit par exception que doit être appliquée la loi du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères⁶¹. On retrouve ici la difficulté soulevée par les places de marché sur internet, évoquée à propos de la Convention de Vienne⁶². Dans la mesure où les opérations entre professionnels sur ces places de marché pourraient être qualifiées de ventes aux enchères, on doit considérer qu'elles ne sont licites en France que si elles respectent les prescriptions posées par la loi du 10 juillet 2000. C'est bien l'esprit de la Convention de La Haye qui prévoit que de telles ventes sont soumises à la loi du lieu où elles se déroulent. Mais dans le cas des places de marché sur internet, comment déterminer le lieu où la vente aux enchères est effectuée ? La réglementation applicable aux ventes aux enchères se révèle là encore inadaptée au fonctionnement des places de marché. Il serait donc souhaitable de clarifier

⁵⁸ Art. 3 al. 1^{er}.

⁵⁹ Art. 3 al. 2.

⁶⁰ J. Huet, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », préc., n° 27

⁶¹ Art. 3 al. 3.

⁶² V. *supra*, I, A, 1.

la situation au plan interne en écartant les places de marché sur internet de la réglementation sur les ventes aux enchères.

Une autre limite à l'application de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement concerne l'ordre public. L'article 6 de la Convention de La Haye prévoit expressément que « *l'application de la loi déterminée par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public* ». Selon la doctrine, on peut assimiler le « *motif d'ordre public* » prévu dans la convention aux dispositions impératives ou lois de police. Aux termes de l'article 6, le juge est toujours libre d'appliquer une loi de police du for au détriment éventuel de la loi du contrat.

Cette exception est sans doute celle qui soulève le plus de difficultés pour le commerce électronique car elle permet de faire échec à la loi du vendeur et porte atteinte à la sécurité juridique des relations commerciales sur le net que nous avons évoquée précédemment. Sauf à prendre conseil dans tous les pays, solution impraticable, en particulier pour les commerçants de petite ou moyenne structure, comment un vendeur peut-il avoir l'assurance que ses contrats ou conditions générales de ventes sont conformes aux dispositions impératives de tous les ordre juridiques nationaux de ses clients potentiels sur internet ? Il n'y a pas à ce jour une solution juridique à cette question. On parviendra progressivement à des solutions raisonnables dans le commerce intra-communautaire grâce à l'harmonisation du Marché intérieur, dont la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique est un exemple parmi d'autres⁶³. Cela reste très aléatoire au plan international. On atteint là la limite de la prévisibilité de la loi applicable aux contrats conclus en ligne et portant sur la vente de biens mobiliers corporels.

Pour ce qui concerne les contrats conclus et exécutés en ligne ou portant sur des obligations autres que la vente de tels biens, la Convention de La Haye n'étant pas applicable, on devra se référer à la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁶³ Dir. 2000/31, préc.

C. LA CONVENTION DE ROME

La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles est entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 1991. Comme la Convention de La Haye de 1955, elle a une validité *erga omnes*⁶⁴. Nous procéderons comme précédemment en envisageant, d'une part, son domaine d'application (1) et, d'autre part, les règles uniformes de détermination de la loi applicable (2).

1. Le domaine d'application

L'article 1^{er} détermine volontairement le domaine d'application de la convention de manière imprécise. Elle aurait pu viser les contrats internationaux. Etant donné la difficulté de reconnaître les contrats internationaux, les rédacteurs ont préféré viser les obligations contractuelles « *dans les situations comportant un conflit de lois* »⁶⁵. On sait que les contrats du commerce électronique sont fréquemment conclus dans des situations comportant un conflit de lois. Ainsi, la loi applicable aux contrats du commerce électronique dans l'hypothèse d'un conflit de lois, c'est-à-dire en présence d'un élément objectif d'extranéité suffisant, sera en principe désignée en application de la Convention de Rome, à l'exception toutefois de ceux qui sont soumis à l'application de la Convention de La Haye de 1955, c'est à dire les contrats de vente de biens mobiliers corporels conclus en ligne et exécutés hors ligne. En effet, l'article 21 de la convention précise qu'elle « *ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie* ». En vertu de cette disposition, la convention de La Haye de 1955 prévaut sur la Convention de Rome pour les contrats susvisés.

Par ailleurs, certaines matières échappent à la Convention de Rome, telles que le droit de la famille et des successions, les effets de commerce, l'arbitrage et l'élection de for, le droit des sociétés, la preuve et la procédure, ainsi que les contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des Etats membres de la communauté européenne, sauf s'ils concernent des contrats de réassurance⁶⁶.

⁶⁴ Art. 2 : « *la loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant* ».

⁶⁵ Art. 1^{er} al. 1^{er}.

⁶⁶ Art. 1.2, 1.3 et 1.4.

2. La loi applicable

La Convention de Rome consacre également le principe de la loi d'autonomie. Aux termes de l'article 3.1, « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ». Les parties ont toute liberté de choisir la loi qui régira leur relation contractuelle, y compris celle qui ne présente aucun critère de rattachement avec la relation concernée, et peuvent également la modifier pendant la durée de leurs relations⁶⁷. Le choix doit être « *exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* »⁶⁸.

L'application du principe d'autonomie de la Convention de Rome aux cas des contrats du commerce électronique appelle les mêmes observations que celles développées dans le cadre de la convention de La Haye de 1955⁶⁹. Nous nous contenterons d'ajouter que le texte de la Convention de Rome offre un pouvoir d'appréciation du choix implicite des parties plus étendu que celui de la Convention de La Haye. Pour cette dernière, le choix doit résulter « *indubitablement des dispositions du contrat* », ce qui signifie que le choix doit s'imposer comme une évidence, alors qu'il suffit pour la première que le choix résulte de façon certaine « *des circonstances de la cause* ». Par exemple, le choix résulte des circonstances de la cause lorsqu'un contrat est l'accessoire d'un autre contrat expressément soumis à une loi, les parties ayant tacitement accepté que la loi du contrat principal s'applique⁷⁰.

A défaut de choix par les parties, l'article 4 de la Convention de Rome prévoit un critère de rattachement unique fondé sur la loi du pays qui présente « *les liens les plus étroits* » avec le contrat. Aux termes de cet article, est présumé présenter les liens les plus étroits avec le contrat le lieu de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique, ou s'il s'agit d'une société, le lieu où se situe son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, il faudra prendre en compte le lieu de son établissement principal ou celui de l'établissement qui fournit la prestation⁷¹. Cette présomption est écartée lorsque la

⁶⁷ Art. 3.2.

⁶⁸ Art. 3.1 *in fine*.

⁶⁹ V. *supra*, II, B, 2.

⁷⁰ P. Mayer, Droit international privé, préc., n° 721.

⁷¹ Art. 4.2.

prestation caractéristique ne peut être déterminée⁷². Par ailleurs, des présomptions spéciales sont établies pour les contrats relatifs aux immeubles et les contrats de transport de marchandises⁷³.

Il a été majoritairement relevé en doctrine que le critère des liens les plus étroits est adapté aux contrats du commerce électronique. La prestation caractéristique est « celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre »⁷⁴. Elle est donc la prestation de la partie qui fournit un bien ou un service et non le paiement du prix. Dans la plupart des contrats conclus et exécutés en ligne, il faudra donc se référer à la loi du fournisseur. Ce critère est satisfaisant car il favorise la sécurité juridique des transactions commerciales sur l'Internet, de manière comparable à la Convention de La Haye de 1955.

Toutefois, il existe une limite importante au choix des parties et au critère subsidiaire de rattachement, également évoquée dans le cadre de la Convention de La Haye de 1955, qui concerne les lois de police. L'innovation de la Convention de Rome consiste cependant à prévoir la faculté pour le juge d'appliquer, outre les lois de police du for, les lois de police étrangères. En effet, l'article 3.3 dispose que :

« le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions impératives auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées "dispositions impératives" ».

Par ailleurs, l'article 7.1 énonce qu' « il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ». Enfin, aux termes de l'article 7.2, la loi désignée par les parties ou par le critère de rattachement subsidiaire ne peut faire échec à « l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation ». Selon ce dispositif, le juge doit appliquer les lois de police du for et dispose également d'un pouvoir discrétionnaire pour appliquer les lois de police d'un autre forum.

⁷² Art. 4.5.

⁷³ Art. 4.3 et 4.4.

⁷⁴ H. Gaudemet-Tallon, cité dans P. Mayer, Droit international privé, préc., n° 726.

Les conséquences néfastes pour la sécurité juridique des contrats électroniques sont évidentes ; elles ont été énoncées précédemment. Entre professionnels, elles concernent par priorité le droit de la concurrence et de la distribution.

Mais, parmi les règles impératives présentées comme un obstacle au développement du commerce électronique, la législation protectrice des consommateurs est la première visée. Cela nous amène à considérer les contrats du commerce électronique conclus avec les consommateurs.

SECTION II. LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS

La vente aux consommateurs est communément l'objet d'une réglementation très protectrice. En France, cette réglementation est regroupée dans le Code de la consommation. La notion de consommateur est aujourd'hui définie par le droit communautaire. Il s'agit de « *toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale* »⁷⁵.

Le statut protégé des consommateurs conduit à écarter en principe l'application des règles de droit international privé relatives aux contrats de vente qui n'ont pas été conçues de manière à tenir compte de leurs droits (I).

En outre, les dérogations aux règles uniformes de conflit de lois reconnues en faveur des consommateurs soulèvent les plus grandes difficultés d'application dans le contexte du commerce électronique (II).

I. LES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ECARTEES

Les règles de droit matériel édictées par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (A), ainsi que les règles de conflit de lois énoncées dans la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (B), applicables dans certaines conditions aux contrats du commerce électronique conclus entre professionnels, ne peuvent en principe être appliquées dans les contrats conclus avec les consommateurs.

A. LA CONVENTION DE VIENNE

La CVIM se déclare elle-même inapplicable aux ventes conclues avec des consommateurs. L'article 2 a énonce que « *la présente convention ne régit pas les ventes : a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat,*

⁷⁵ Art. 2.e de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, préc. ; art. 2.2 de la directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ». L'exclusion de la vente aux consommateurs n'est pas absolue car le vendeur doit avoir connaissance de la qualité de consommateur du cocontractant lors de la conclusion du contrat. A défaut, la CVIM doit s'appliquer. En pratique, c'est une affaire de circonstances. Il faut, pour se déterminer, rechercher en quelle qualité l'acheteur s'est fait connaître du vendeur ou prendre en considération le volume des marchandises achetées, la nature de la clientèle à laquelle s'adresse habituellement le vendeur, etc.⁷⁶.

On peut imaginer que la connaissance par le vendeur de la qualité de consommateur de l'utilisateur du site lors la conclusion du contrat par voie électronique peut faire fréquemment défaut, en raison de l'absence de contact physique entre les parties. Les consommateurs pourraient ainsi se voir opposer les règles de fond de la CVIM au détriment éventuel de la protection qui leur est en principe accordée. Paradoxalement, ce risque paraît limité en pratique. En effet, une idée force du commerce électronique consiste dans la relation commerciale *one to one*. Le développement du commerce électronique repose sur la parfaite connaissance des clients et de leurs besoins, grâce à la gestion automatisée de nombreux paramètres. Il est donc aisé pour l'utilisateur de s'identifier en tant que consommateur auprès du vendeur et, réciproquement, pour le vendeur de connaître la qualité de consommateur de l'utilisateur. On peut donc raisonnablement penser que la CVIM doit systématiquement être écartée des contrats de vente de marchandises conclus en ligne avec les consommateurs.

B. LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1955

Le texte de la Convention de La Haye de 1955 concerne tous les contrats de vente d'objets mobiliers corporels sans distinction selon la qualité des parties. Toutefois, les Etats parties ont adopté en 1980, lors de la Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, une Déclaration et une Recommandation relatives au domaine de la convention⁷⁷. Aux termes de la Déclaration, les Etats constatent que « *les intérêts des consommateurs n'ont pas été pris en considération lorsque la Convention (...) a été négociée* », reconnaissent « *le souhait de certains Etats qui ont ratifié cette Convention de voir régir les ventes aux consommateurs par des règles particulières sur la loi applicable* »

⁷⁶ V. Heuzé, « La vente internationale », préc., n° 35.

et déclarent que « *la convention (...) ne met pas obstacle à l'application par les Etats parties de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs* ». En conséquence, les règles de conflit de lois prescrites par la Convention de La Haye sont automatiquement écartées au profit des règles particulières concernant la loi applicable aux contrats de ventes aux consommateurs. En France, de telles règles sont contenues dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

II. LE REGIME DEROGATOIRE DE LA CONVENTION DE ROME

La Convention de Rome prévoit dans son article 5 le cas particulier des contrats conclus avec les consommateurs (A), mettant en question ses rapports avec l'article 7 sur les lois de police (B).

A. L'EXCEPTION DE L'ARTICLE 5 EN FAVEUR DES CONSOMMATEURS

Il convient de définir le mécanisme de l'exception (1) afin de tester son adaptation aux contrats du commerce électronique (2).

1. Définition de l'exception

L'article 5 définit son propre domaine d'application matériel et dans l'espace. Il s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture de biens ou de services à un consommateur, personne physique, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture⁷⁸. Il ne s'applique pas au contrat de transport, à l'exception des prestations combinées de transport et de logement vendues pour un prix global. Il ne s'applique pas au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle⁷⁹.

⁷⁷ www.hcch.net/f/conventions/dec03f.html.

⁷⁸ Art. 5.1.

⁷⁹ Art. 5.4 et 5.5.

Pour de tels contrats, la loi désignée par les parties « *ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* », sous réserve des précisions ci-après. Dans le même esprit, en l'absence de choix par les parties, ces contrats sont régis par la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur⁸⁰.

Les contrats de l'article 5 sont soumis à la loi du pays de résidence du consommateur à la condition de remplir l'une des conditions suivantes. Première hypothèse, la conclusion du contrat a été précédée dans le pays de résidence du consommateur d' « *une proposition spécialement faite* » ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans son pays de résidence les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Deuxième hypothèse, le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans le pays de résidence du consommateur. Troisième et dernière hypothèse, dans un contrat de vente de marchandises, le consommateur s'est rendu et a passé la commande dans un pays étranger, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.⁸¹

2. Mise en œuvre de l'exception dans le contexte du commerce électronique

D'évidence, on doit écarter l'application de la troisième hypothèse dans le contexte du commerce électronique. Si la première et la deuxième hypothèse paraissent applicables, elles prêtent à interprétation.

a. La communication commerciale préalable

Cette hypothèse est la sanction du fait que le fournisseur a ciblé le consommateur dans son pays de résidence par une proposition spéciale ou de la publicité. Le fournisseur est venu chercher le consommateur chez lui et le contrat est conclu chez ce dernier. Ce dispositif conçu pour le monde physique suscite de nombreuses réflexions lorsqu'il est appliqué au monde des transactions dématérialisées.

⁸⁰ Art. 5.3.

Tout d'abord, il faut distinguer entre la « *proposition spécialement faite* » et la publicité. Il n'y a pas de difficulté à reconnaître que la proposition peut être spécialement faite à l'utilisateur par voie électronique, grâce à la messagerie électronique.

La localisation de la publicité chez le consommateur est plus aléatoire⁸². Lorsque la publicité du vendeur utilise la technique du *push*⁸³, on peut légitimement considérer que la publicité est bien localisée chez le consommateur. La preuve de la technique du *push* sera apportée par la présence du *cookie*⁸⁴ sur l'ordinateur du consommateur.

En revanche, lorsque l'utilisateur passe par un portail ou interroge un moteur de recherche, le texte permet quelques hésitations. Selon la doctrine dominante⁸⁵, il faudrait distinguer selon que la publicité est ou n'est pas ciblée vers le pays du consommateur. Cela pose la question subsidiaire de savoir comment déterminer qu'un site de commerce électronique cible un pays ? Dans certains cas, la réponse semble aller de soi.. Par exemple, le cas de l'ouverture d'un site en *.fr* en langue française, par une société commerciale étrangère qui exploite déjà un site identique en *.com*, en vue de cibler plus particulièrement les internautes français. Le texte visant à protéger le consommateur dès l'instant où il est sollicité dans son pays de résidence, il est légitime de penser dans cette hypothèse que les consommateurs français doivent être protégés. Si on prend le cas d'un site de commerce électronique conçu de manière plus universelle, on aura du mal à affirmer que le public français est spécialement visé, même s'il est effectivement visé conjointement avec d'autres pays. Logiquement, les règles protectrices des consommateurs français devraient être écartées, ce qui n'est pas entièrement satisfaisant.

⁸¹ Art. 5.2.

⁸² M. Vivant, « Business to Consumer (B to C) : loi applicable et juge compétent », *Légicom* 2000, n° 21/22, p. 97.

⁸³ *Push media* désigne la diffusion sélective ou la distribution personnalisée. L'information est poussée vers l'utilisateur ; c'est le média qui pousse l'utilisateur, ce n'est plus l'utilisateur qui choisit par une recherche individuelle ou *pull media*. V. H. Bitan, « Comprendre les mots de l'Internet », *Gaz. Pal.* 11-15 juin 2000, glossaire, p. 19.

⁸⁴ Désigne un petit fichier destiné à recueillir les traces du passage d'un internaute sur un site internet.

⁸⁵ M. Vivant, « Business to Consumer (B to C) : loi applicable et juge compétent », préc. ; A. Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », préc., p. 556.

Un début de solution pour éviter ces difficultés d'interprétation est fournie par le Règlement du 22 décembre 2000 remplaçant la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁸⁶. L'article 15 du règlement introduit pour les contrats conclus avec les consommateurs un critère inédit de localisation du cocontractant dans le pays de résidence du consommateur, conçu pour s'appliquer aux transactions par voie électronique. Il s'agit des "activités dirigées par tout moyen" vers le pays sur le territoire duquel le consommateur a son domicile⁸⁷. On est fortement tenté d'adopter ce critère de localisation en matière de loi applicable. On pourrait ainsi considérer que toute activité sur l'Internet dirigée vers les consommateurs d'un pays caractériserait une sollicitation commerciale dans leur pays de résidence. Ce seul critère suffirait à la mise en œuvre de l'exception en faveur des consommateurs de ce pays. Il ne serait plus nécessaire de montrer que la publicité ciblait spécialement ce pays. Il est probable qu'une telle adaptation du texte de la Convention de Rome sur le modèle du règlement sera sérieusement examinée lors de sa révision récemment annoncée⁸⁸.

En ce qui concerne l'accomplissement par le consommateur des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son pays de résidence, une autre difficulté se présente : l'utilisateur peut se déplacer avec son ordinateur portable et lorsqu'il contracte sur l'Internet, on ignore s'il se trouve effectivement dans son pays de résidence. On peut se demander dans quelle mesure cette condition conserve un intérêt pour les transactions par voie électronique. Si on adoptait dans le cadre de la loi applicable le critère des "activités dirigées" vers le pays sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, une telle condition ne se concevrait plus.

⁸⁶ Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE*, série L, n° 12, p. 1.

⁸⁷ Selon l'article 15.1, « en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section (...), c) lorsque, (...), le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ».

⁸⁸ Aucune date n'a été annoncée à ce jour pour la révision de la convention. Il se peut également que les travaux concernent en priorité l'élaboration de Rome II sur les délits.

b. Réception de la commande par le fournisseur dans le pays de résidence du consommateur

Un auteur a relevé au moins une incertitude liée à l'application de la deuxième hypothèse de l'article 5.2 au cas de l'Internet⁸⁹. Lorsque la commande est reçue sur un serveur situé dans le pays du consommateur, alors que le fournisseur est établi hors de ce pays, faut-il considérer que la commande est reçue par le fournisseur dans le pays du consommateur ? L'auteur apporte une réponse négative à cette question. Le texte exige que le fournisseur soit présent physiquement dans le pays du consommateur. La localisation du serveur ne doit pas entrer en ligne de compte. Cette position nous paraît raisonnable.

Si on parvient à transposer les conditions de mise en œuvre de l'exception en faveur des consommateurs au cas de l'Internet, c'est au prix d'une interprétation du texte qui laisse place à une relative insécurité. C'est la raison pour laquelle une adaptation du texte de l'article 5 dans le cadre de la prochaine révision de la Convention de Rome paraît indispensable.

Quoi qu'il en soit, l'essentiel n'est pas tant d' « *imposer d'autorité la loi du consommateur* » que de « *réserver le jeu des "dispositions impératives" de cette loi lorsque, après une comparaison concrète, elles se révéleraient plus favorables au consommateur*⁹⁰ ». Cela nous conduit à envisager la relation qui peut exister entre les droits de consommateurs et les lois de police définies à l'article 7 de la Convention de Rome.

B. PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET LOIS DE POLICE

Les conséquences des rapports entretenus entre l'article 5 et l'article 7 de la Convention de Rome seront différentes selon qu'on envisage les lois de police sous l'angle national (1) ou sous l'angle communautaire (2).

⁸⁹ A. Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », préc., p. 555.

1. Les règles nationales de protection des consommateurs, lois de police ?

L'article 7 de la Convention de Rome prévoit que le juge doit appliquer les lois de police du for et les lois de police étrangères au détriment éventuel de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement⁹¹. Or, il est constant que les règles de protection des consommateurs sont généralement présentées comme des dispositions impératives. Faut-il en déduire que les règles de protection des consommateurs pourront aussi être appliquées par le juge sur le fondement de l'article 7 de la convention, avec cet avantage que l'article 7 ne pose pas de condition d'application dans l'espace (telle que la publicité préalable dans le pays du consommateur) ?

La première chambre civile de la Cour de Cassation a rendu le 19 octobre 1999 une décision dans une espèce à laquelle la Convention de Rome n'était pas applicable. Si la solution devait être confirmée dans une espèce soumise à la convention, elle répondrait à notre question dans un sens inquiétant pour l'avenir du commerce électronique⁹². La Haute Juridiction a jugé que :

« après avoir énoncé que les conditions d'application de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 n'étaient pas réunies, l'arrêt attaqué retient que les dispositions de l'article 7 de la convention ne concernent que les seules lois de police et non les lois protégeant les consommateurs visés par l'article 5 précité et qu'il résulte de la distinction même établie par les articles 5 et 7 que cette convention ne range pas parmi les lois de police les lois destinées à la protection des consommateurs, telles que la loi du 10 janvier 1978 ; (...) en statuant ainsi alors que la convention de Rome du 19 juin 1980 n'étant pas encore en vigueur, la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Aux termes de cet arrêt, il est clair que les dispositions protectrices du consommateur - en l'espèce, la loi du 10 janvier 1978 - peuvent être appliquées en tant que lois de police. Toutefois, eu égard aux circonstances d'application de la loi dans le temps, on peut penser

⁹⁰ M. Vivant, « Business to Consumer (B to C) : loi applicable et juge compétent », préc., p. 98.

⁹¹ V. *supra*, Section I, II, C.

⁹² Cass. Civ. ¹, 19 oct. 1999, RC 2000, n° 1 ; II, p. 29, note P. Lagarde ; D. Aff. 2000, j., p. 765, note M. Audit.

que la Cour de Cassation ne reconnaît plus à la loi du 10 janvier 1978 ni aux règles protectrices des consommateurs dans leur ensemble, le caractère de loi de police dans un contrat soumis à la Convention de Rome, du fait de l'article 5. Selon un auteur⁹³, depuis l'entrée en vigueur de la convention, les règles protectrices du consommateur appartiennent à une catégorie particulière de dispositions impératives se situant dans la hiérarchie un peu en dessous de celles de l'article 7. Cela n'empêche pas que, au sein de cette catégorie particulière de dispositions impératives, certaines dispositions peuvent aussi être qualifiées de lois de police au sens de l'article 7. On pourrait donc reconnaître dans l'avenir un corpus de règles protectrices des consommateurs "super impératives" relevant de l'article 7.

La difficulté pour les acteurs du commerce électronique reste évidemment l'absence d'harmonisation entre les pays et l'impossibilité de s'assurer à l'avance la conformité de leurs contrats et conditions générales de vente aux règles "super impératives" des divers systèmes juridiques nationaux. C'est la raison pour laquelle il vaut mieux opter pour une vision communautaire des choses assurant une prévisibilité efficace des normes applicables en matière de protection des consommateurs.

2. Les règles communautaires de protection des consommateurs, lois de police ?

Des normes communautaires en matière de protection des consommateurs ont été établies dans plusieurs directives européennes, en particulier la directive n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et la directive n°97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Il serait possible de reconnaître que ces normes sont les seules dispositions impératives de protection des consommateurs relevant de l'article 7. De ce fait, les règles nationales conformes à ces normes, « *standard reconnu* » selon l'expression du Professeur M. Vivant,⁹⁴ devraient seules pouvoir jouer contre la loi désignée par les parties. Les règles nationales instaurant une protection supplémentaire ne devraient pas pouvoir jouer.

⁹³ P. Lagarde, note sous Cass. Civ. 1, 19 oct. 1999, *rev. crit. dr. int.* 2000, n° 1 ; II, p. 24.

⁹⁴ M. Vivant, « Business to Consumer (B to C) : loi applicable et juge compétent », *préc.*, p. 102.

Au final, deux systèmes cohabiteraient pour les contrats conclus en ligne avec les consommateurs. Premier système, celui de l'article 5 de la Convention de Rome. Lorsque les activités du fournisseur, ou prestataire de services de la société de l'information selon les termes employés par la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, seraient dirigées par tout moyen vers le pays de résidence du consommateur, le juge devrait appliquer les règles protectrices du consommateur nationales au détriment éventuel de la loi applicable au contrat désignée par les parties. Second système, celui de l'article 7 de la convention. Lorsque les activités du fournisseur ou prestataire ne seraient pas dirigées vers le pays de résidence du consommateur, le juge appliquerait les seules règles de protection du consommateur consacrées par le droit communautaire au détriment éventuel de la loi applicable au contrat désignée par les parties.

L'ensemble du dispositif aurait un sens dans la pratique. Il est juste de ne pas imposer à un commerçant le respect des dispositions nationales d'un marché qu'il ne vise pas, y compris sur l'Internet. Dès l'instant où, au contraire, il espère tirer des profits des ventes aux consommateurs d'un marché national, il paraît normal qu'on lui impose d'en respecter les règles locales de fonctionnement. Il faut remarquer toutefois que ce dispositif repose entièrement sur la notion de "cible". Il conviendrait avant toute chose d'en définir les critères précis, non équivoques et adaptés à l'Internet. Or, il n'est pas certain que la notion d' "activités dirigées" soit suffisamment précise, même si elle constitue incontestablement un progrès comparée à la notion de publicité.

Sur le fond, le dispositif semble suffisamment protecteur du consommateur. Dans le second système de l'article 7, le seuil minimal de protection serait garanti grâce aux règles fondamentales contenues dans la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, telles que l'obligation d'information préalable du consommateur (art. 4), la nécessité de confirmer par écrit les informations (art. 5), le droit de rétractation du consommateur (art. 6), le respect des délais d'exécution par le fournisseur et la faculté de remboursement du consommateur (art. 7). En revanche, on est contraint d'admettre que les règles contenues dans la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs seraient de peu d'utilité car la directive contient une liste de clauses certes susceptibles d'être déclarées abusives par les Etats membres, mais sans aucune

obligation⁹⁵. La directive ne permet donc pas de déterminer un plus petit dénominateur communautaire applicable dans le cadre de l'article 7 de la Convention de Rome.

Ce dispositif présente l'avantage de ne pas se limiter au commerce électronique intra-communautaire. Il s'applique également au commerce électronique extra-communautaire. En effet, les normes communautaires de protection du consommateur doivent être considérées comme contraignantes pour les prestataires établis dans les pays tiers. Ce caractère contraignant est posé dans la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, dans les termes suivants :

« les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des Etats membres »⁹⁶.

Le caractère impératif des dispositions protectrices des consommateurs contenues dans la directive pourrait être affirmé par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) sur ce fondement ainsi que sur le fondement de "l'analyse de la finalité" dans le Marché Intérieur. Dans un arrêt du 9 novembre 2000 statuant sur la question de la protection des agents commerciaux en cas de rupture de leur contrat⁹⁷, la CJCE a rappelé que le caractère impératif des dispositions communautaires s'apprécie au regard de leur finalité dans l'ordre juridique communautaire. En l'espèce, selon la Cour,

« le régime prévu par les articles 17 à 19 de la directive [du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants] a ainsi pour objectif de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. L'observation desdites dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de

⁹⁵ Sur la portée de la directive, v. J. Huet, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP* 1994, I, 309.

⁹⁶ Art. 12.2 intitulé « Caractère contraignant des dispositions ». L'article 12 est introduit en préambule de la directive dans les termes suivants : « Considérant qu'il existe le risque, dans certains cas, de priver le consommateur de la protection accordée par la présente directive en désignant le droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat ; que, en conséquence, il convient de prévoir dans la présente directive des dispositions visant à éviter ce risque » (Considérant 23).

⁹⁷ CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar GB c/ Eaton Leonard Technologies, aff. C-381/98.

ces objectifs du traité. Force est de constater qu'il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de droit. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat ».

Dans cet arrêt, la Cour a pu conférer aux dispositions litigieuses le caractère d' "ordre public communautaire" auxquelles les parties ne peuvent déroger⁹⁸. Le raisonnement adopté par la Cour dans cet arrêt paraît directement transposable en matière de protection des consommateurs. « *Il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire* » que les règles contenues dans la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, en particulier les dispositions des articles 4 à 7, ne puissent être éludées « *par le jeu d'une simple clause de choix de droit* ».

Si on parvient sans trop de difficultés à montrer que les normes protectrices communautaires peuvent remplir efficacement le rôle des lois de police de l'article 7 de la Convention de Rome, il n'existe à ce jour aucun moyen d'éviter que les juridictions reconnaissent également le caractère de lois de police à des protections supplémentaires issues du droit local. Une intervention de la Commission se révèle donc nécessaire pour imposer la prééminence de l'ordre public communautaire sur l'ordre public national.

La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, tout en ayant explicitement écarté de son champ d'application le thème de la protection des consommateurs⁹⁹ a néanmoins constaté l'importance de cette question. Elle prévoit notamment que « *la*

⁹⁸ A. Georges et O. Billard, « Agents commerciaux : conflit entre la Cour de Justice et le Cour de Cassation », *Les Echos*, 16-17 mars 2001.

⁹⁹ Dir. 2000/31, préc. Le préambule expose que « *la présente directive est sans préjudice du niveau de protection existant notamment en matière de protection (...) des consommateurs, établi par les instruments communautaires. Entre autres, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives avec les consommateurs et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance constituent un élément fondamental pour la protection des consommateurs en matière contractuelle. Ces directives sont également applicables dans leur intégralité aux services de la société de l'information* » (considérant 11). En outre, l'article 3.3 renvoyant à l'annexe de la directive exclut expressément « *les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs* » du domaine d'application de la directive.

Commission étudiera la mesure dans laquelle les règles de protection des consommateurs existantes fournissent une protection insuffisante au regard de la société de l'information et identifiera, le cas échéant, les lacunes de cette législation et les aspects pour lesquels des mesures additionnelles pourraient s'avérer nécessaires. En cas de besoin, la Commission devrait faire des propositions spécifiques additionnelles visant à combler les lacunes qu'elle aurait ainsi identifiées »¹⁰⁰. On peut donc légitimement penser que la Commission s'engagera dans la voie de l'harmonisation des normes applicables aux contrats conclus avec les consommateurs européens.

Les développements précédents montrent qu'il n'y a pas lieu d'être résolument pessimiste à l'égard du développement du *B to C* sur internet car on dispose des moyens pour parvenir à une réglementation harmonisée favorable tant au consommateur qu'à l'exploitant du site de commerce électronique. Ces moyens combinent l'adaptation des textes existants (par exemple, l'article 5 de la Convention de Rome) et l'adoption de textes additionnels (en particulier, l'adoption d'un "standard" communautaire de lois de police).

* * *

¹⁰⁰ Considérant 65.

BIBLIOGRAPHIE

1. TEXTES

- Code de la Consommation ;
- Code de Commerce ;
- Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ;
- Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ;
- Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;
- 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 (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE* série L, n° 178, 17 juillet 2000, p. 1 ;
- Loi du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.* 2 août 2000, p. 11903 ;
- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

2. OUVRAGES GENERAUX DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

- B. Audit, Droit international privé, 3^{ème} éd., Droit civil, *Economica*, 2000 ;
- P. Mayer, Droit international privé, 6^{ème} éd., *Montchrestien*, 1998.

3. OUVRAGES SPECIALISES

- L. Bochurberg, Internet et commerce électronique, *Delmas*, 1999 ;
- P. Breese, Guide Juridique de l'Internet et du commerce électronique, *Entreprendre Informatique, Vuibert*, 2000 ;
- C. Féral-Schuhl, Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'internet, 2^{ème} éd., *Dalloz Dunod*, 2000 ;
- O. Itéanu, Internet et le droit - Aspects juridiques du commerce électronique, *Eyrolles*, 1996 ;
- V. Sédaillan, Droit de l'Internet, *Collection AUI*, 1997 ;
- Les dimensions internationales du droit du cyberspace, *Collection Droit du cyberspace, Editions UNESCO/Economica*, 2000.

4. REPERTOIRES

- V. Heuzé, La vente internationale, *Pratique des contrats internationaux, Dictionnaire Joly*, Tome 3, Livre XI, 1999 ;
- Lamy droit des médias et de la communication, 2000 ;
- Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2001.

5. CHRONIQUES PERIODIQUES

- J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, », *JDI* 1991, n° 3, p. 601 ;
- J. Huet, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Petites Affiches*, 26 sept. 1997, n° 116, p. 6 ;
- T. Van Overstraeten, « Droit applicable et juridiction compétente sur internet », *RDAl* 1998, n° 3, p. 373 ;
- C. Rojinsky, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D. Aff.* 2001, chr., p. 844 ;
- M. Vivant, « Business to Consumer (B to C). Loi applicable et juge compétent », *Légicom* 2000, n° 21/22, p. 95 ;
- Alessandra Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », *RDAl* 2000, n° 5, 533.

6. DIVERS.

- J. Graham, « European Private International Law and E-Commerce - Comments to the Draft Final ABA Report », www.net-org.de ;
- C. Kessedjian, « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », Conférence de La Haye de droit international privé, Rapport des travaux à Ottawa, Document préliminaire n°12, août 2000, www.hcch.net/f/conventions ;
- « Lettre ouverte au législateur : A propos de la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de la communication (articles 43-7 à 43-10) et de la loi du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (article 3). », par dix avocats spécialistes des nouvelles technologies de l'information et de la communication, www.legalnews.fr ; *Légipresse* 2001, n° 178, II, p. 14.

PLAN

INTRODUCTION	3
SECTION I. LES CONTRATS CONCLUS ENTRE PROFESSIONNELS	6
I. L'applicabilité des règles de droit international privé matériel	6
A. Le domaine matériel	7
1. Les contrats de vente.....	7
2. La vente des marchandises	9
B. Le domaine dans l'espace	11
1. La condition d'établissement sur le territoire d'Etats différents	11
2. Le critère d'établissement confronté aux contrats conclus en ligne.....	12
II. L'applicabilité des règles de conflit de lois	17
A. La directive sur le commerce électronique	17
1. Détermination de la loi applicable à l'accès et à l'exercice de l'activité de commerce électronique en application de la directive	17
2. Détermination de la loi applicable aux contrats du commerce électronique en application des règles de droit international privé.....	18
B. La Convention de La Haye de 1955	19
1. Le domaine d'application de la convention	20
2. La loi applicable	22
C. La Convention de Rome	25
1. Le domaine d'application	25
2. La loi applicable	26
SECTION II. LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS	29
I. Les règles de droit international privé écartées	29
A. La Convention de Vienne	29
B. La Convention de La Haye de 1955	30
II. Le régime dérogatoire de la Convention de Rome.....	31
A. L'exception de l'article 5 en faveur des consommateurs	31
1. Définition de l'exception	31
2. Mise en œuvre de l'exception dans le contexte du commerce électronique	32
B. Protection des consommateurs et lois de police.....	35
1. Les règles nationales de protection des consommateurs, lois de police ?	36
2. Les règles communautaires de protection des consommateurs, lois de police ?	37
BIBLIOGRAPHIE.....	42

