

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DU COMMERCE
ÉLECTRONIQUE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR

ÉLIE CHAKTHOURA

OCTOBRE 2011

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

À la mémoire de Liette Moreault.

À ma famille et surtout à ma très chère sœur Odile.

Je tiens à remercier ma directrice de mémoire, Madame Martine Lachance pour la qualité de son encadrement et son appui constant.

Je remercie également Madame Ruth Murbach qui m'a aidé à poser les premiers jalons de mon projet. Je suis reconnaissant envers mes collègues, particulièrement Pierrick, Ghassan, Henrique et Marika pour leur contribution à la réalisation de ce travail.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	ii
TABLE DES MATIÈRES	iii
RÉSUMÉ	vi
INTRODUCTION	1

PARTIE I

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET LES CONTRATS

TITRE I

LES CONFLITS DE JURIDICTIONS	10
------------------------------------	----

CHAPITRE I

LA COMPÉTENCE VOLONTAIRE	13
--------------------------------	----

1.1 La clause attributive de juridiction	13
--	----

1.1.1 Le droit communautaire	14
------------------------------------	----

1.1.2 Le droit national français	27
--	----

1.1.3 Le consommateur	33
-----------------------------	----

1.2 La clause d'arbitrage	36
---------------------------------	----

1.2.1 La validité et l'efficacité de la clause	37
--	----

1.2.2 L'arbitrabilité du litige	47
---------------------------------------	----

CHAPITRE II

LES FACTEURS DE RATTACHEMENT OBJECTIFS	55
--	----

2.1 Option de compétence en matière de contrats	57
---	----

2.1.1 La matière contractuelle	57
--------------------------------------	----

2.1.2 L'obligation qui sert de base à la demande	58
2.2 La règle de compétence en matière de consommation	64
TITRE II	
LES CONFLITS DE LOIS	68
CHAPITRE I	
LA LOI D'AUTONOMIE	71
1.1 L'étendue de la loi d'autonomie	71
1.1.1 L'évolution du principe	71
1.1.2 L'application du principe	77
1.2 Les limites à la loi d'autonomie.....	83
1.2.1 L'internationalité du contrat.....	84
1.2.2 Les dispositions impératives.....	85
CHAPITRE II	
LES FACTEURS DE RATTACHEMENT SUBSIDIAIRES	92
2.1 Selon la <i>Convention de Rome</i>	93
2.1.1 Le principe de proximité	94
2.1.2 La prestation caractéristique.....	95
2.1.3 La clause échappatoire	98
2.2 Selon le <i>Règlement de Rome</i>	100
2.2.1 L'adoption de règles directes relativement aux contrats de vente et de prestation de services	101
2.2.2 Les règles subsidiaires.....	103
2.2.3 Loi applicable aux contrats de consommation	106

PARTIE II

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

TITRE I	
L'IMPACT SUR LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE	136
CHAPITRE I	
L'INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	138

CHAPITRE II	
LA VALIDITÉ DES CLAUSES DE RATTACHEMENT	144
2.1 Les particularités du réseau	144
2.1.1 L'incorporation par référence.....	146
2.1.2 La manifestation du consentement électronique.....	151
2.2 Les problèmes de rattachement	155
2.2.1 La clause attributive de juridiction	156
2.2.2 La clause d'arbitrage :	160
2.2.3 La clause d' <i>electio juris</i>	163
TITRE II	
L'IMPACT SUR LES RÈGLES DE RATTACHEMENT OBJECTIVES OU SUBSIDIAIRES.....	166
CHAPITRE I	
LES CONTRATS ENTRE PROFESSIONNELS.....	168
1.1 Les conflits de juridiction	168
1.1.1 La qualification du contrat électronique.....	172
1.1.2 La détermination du lieu d'exécution.....	176
1.2 Les Conflits de lois	182
1.2.1 La compatibilité du critère retenu.....	182
1.2.2 L'incidence de la directive « commerce électronique »	184
CHAPITRE II	
LES CONTRATS IMPLIQUANT UN CONSOMMATEUR.....	189
2.1 La connaissance de la qualité de consommateur	189
2.2 Le consommateur passif	191
2.2.1 Un critère inadapté	192
2.2.2 La nécessité d'un nouveau critère : l'activité dirigée	197
CONCLUSION	211
BIBLIOGRAPHIE	215

RÉSUMÉ

Le droit international privé est-il incapable de régir les litiges nés des opérations du commerce électronique ? La question est controversée et deux courants de pensée diamétralement opposés s'affrontent. Cette étude vise à évaluer l'incidence des caractéristiques du Réseau sur l'application des règles du droit international privé. En d'autres termes, il s'agit de vérifier la pertinence du recours à la méthode conflictuelle et l'adéquation de ses solutions en matière de commerce électronique.

L'évaluation est effectuée en analysant dans un premier temps les dispositions du *Règlement de Bruxelles* en matière de compétence juridictionnelle et celles du *Règlement de Rome* concernant la loi applicable. Il était indispensable de souligner les caractéristiques juridiquement importantes du Réseau afin de mieux saisir l'ampleur du défi posé.

L'application des règles de conflit envisagées par les deux instruments au contrat électronique, a permis dans une étape ultérieure de conclure à leur adaptation à l'environnement numérique. Il convient à cet égard de souligner l'importance des réformes introduites par les *Règlements de Bruxelles et de Rome* notamment en matière de consommation.

Au risque de paraître simpliste, cette conclusion exige quelques précisions. L'incidence du réseau sur l'application de certaines règles de rattachement est certaine et dévoile les limites de la logique conflictuelle. Mais cet impact est largement surestimé par la doctrine, et les conséquences fâcheuses qui en découlent peuvent être largement atténuées. En effet, notre étude identifie trois obstacles majeurs qui s'opposent à l'application du droit international privé contemporain au contrat électronique : la prolifération des contrats d'adhésion, la qualification du contrat électronique et l'interprétation de certaines notions comme le lieu d'exécution. Or ces difficultés pourront être surmontées progressivement par l'évolution de la jurisprudence nationale et communautaire.

Mots-clés : droit international privé, commerce électronique, Internet, loi applicable, juge compétent, autonomie de la volonté, facteurs de rattachement.

INTRODUCTION

L'évolution des moyens de transport et de communication propices aux intérêts des commerçants pour développer et étendre leur commerce à l'échelle internationale, participe énormément au mouvement de mondialisation de l'économie. Près de vingt ans nous séparent de la date de la naissance de l'Internet marchand¹ et de l'apparition, puis de la multiplication à partir de 1994, des sites dédiés aux activités commerciales pour instaurer ce qui est communément appelé aujourd'hui le « marché électronique mondialisé ». Entendu comme « la confrontation des offres et des demandes sur les réseaux électroniques ouverts »², ce marché occupe actuellement une place dans l'économie, dont l'importance colossale n'est plus guère à démontrer.

La dématérialisation et la simultanéité des échanges de même que l'ubiquité et l'instantanéité des informations, altèrent notre conception cartésienne de la notion spatio-temporelle et invitent les professionnels³ à exploiter au mieux le potentiel de

¹ L'Internet est défini comme un « réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destinés à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers ». France, Commission générale de terminologie et de néologie, *Recommandations terminologiques-Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet*, Avis divers, J.O. n°63, à la p. 3905 (16 mars 1999).

² Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 8. L'auteur considère que la notion de marché électronique constitue un instrument d'analyse plus fiable que le concept du commerce électronique non défini par les textes juridiques de son temps. Pour les fins de ce projet, nous utiliserons indistinctement les termes « réseau » et « Internet », qui bien qu'ils partagent les mêmes caractéristiques, se distinguent en ce qu'Internet est un réseau ouvert.

³ Les notions de « professionnel » et de « commerçant » sont utilisées indifféremment par la doctrine et les textes législatifs, pour désigner la partie expérimentée qui contracte avec un consommateur. Nous sommes d'avis que le terme « professionnel » met en évidence d'une façon plus claire cette distinction puisque, dans certaine législation, un commerçant peut être considéré comme un consommateur s'il contracte à des fins étrangères à son activité professionnelle.

l'Internet. Ainsi, dès sa naissance, et de surcroît avec sa vulgarisation, ces professionnels accordent une attention particulière à l'exercice du commerce sur le réseau, alors que les consommateurs disposent d'un éventail de biens et de services « à distance » d'un clic. Le commerce électronique prolifère considérablement multipliant ainsi les relations contractuelles quotidiennes⁴. Or la sécurité et la prévisibilité juridiques présentes dans un rapport national, manquent cruellement dans un cadre international.

Étant donné l'ampleur de l'enjeu économique pour les États, la réglementation du commerce électronique s'est affirmée, ce concept étant à titre d'exemple défini par la France comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »⁵. Cette définition comprend non seulement le commerce entièrement dématérialisé – où la totalité de l'opération se réalise en ligne⁶ –, mais aussi le commerce partiellement dématérialisé, où l'opération comporte une commercialisation en ligne de biens matériels livrés par voie traditionnelle. Encore, cette conception engendre la distinction traditionnelle entre deux grands pans d'activités commerciales, soit les rapports entre professionnels sous-entendus par B2B (*Business to Business*) et les rapports avec le public des consommateurs désignés par B2C (*Business to Consumer*).

L'internationalité du contrat de commerce repose essentiellement sur la présence d'un facteur d'extranéité défini comme « l'élément de rattachement du

⁴ Nous partageons la conviction exprimée par plusieurs auteurs, voulant que le lectorat soit déjà convaincu de l'importance acquise par l'Internet sans nécessité de s'appuyer sur des statistiques. Voir par ex. Ugo Draetta, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003 à la p. 18.

⁵ Loi n° 2004/575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O., 22 juin 2004, 11168, art. 14 [LCEN]. Sur l'évolution et l'élaboration de ce concept, voir Florence Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005 aux pp. 1 et s.

⁶ Par exemple la livraison de logiciels ou de morceaux de musique.

rapport de droit concerné à un pays autre que celui du juge saisi⁷ ». La transposition ardue de cette définition juridique aux contrats conclus « en ligne », a mené certains auteurs à envisager systématiquement l'internationalité du commerce électronique, attribut du réseau sur lequel il se pratique⁸. Ils soulignent qu' « [à] l'instant où réseaux et Internet ne connaissent pas de frontières, il faut envisager les contrats du commerce électronique dans une perspective internationale »⁹. Cet espace privé international de commerce s'intensifiant au sein de différents pays, la multiplication du contentieux international devient fort probable. L'implication de plusieurs ordres juridiques dans le commerce électronique appelle à l'intervention d'un mécanisme d'encadrement juridique dès lors qu'un différend apparaît.

En l'absence d'une réglementation substantielle uniforme, le droit international privé se présente comme « [un] droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales »¹⁰. L'internationalité des échanges économiques remet en cause l'application systématique de la loi du for, et impose au juge éventuellement saisi, le recours à un procédé universellement reconnu. Appelée méthode conflictuelle, ce procédé respecte la diversité des ordres juridiques et propose de résoudre les « conflits de juridictions » et les « conflits de

⁷ Yvon Loussouarn et al., *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004 à la p. 2.

⁸ « Les contrats conclu[s] via l'Internet sont susceptibles d'être considérés comme internationaux, l'élément d'extranéité étant intrinsèque à la nature des réseaux numériques ». Marc-Antoine Maury, *La Lex electronica*, D.E.S.S. de droit, informatiques et technologies nouvelles, Paris, Faculté Jean Monnet, Université Paris Sud, 1998, en ligne : <<http://perso.wanadoo.fr/mam/these4.htm>> (consulté le 26 octobre 2008). Voir aussi Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « La loi applicable au contrat par électronique », dans *Le contrat électronique*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2002 à la p. 152; Jérôme Huet, « Le droit applicable dans les réseaux numériques » (2002) 3 J.D.I. 737.

⁹ Michel Vivant et al., *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet*, Paris, Lamy, 2005 à la p. 1450. Voir aussi Gérard Haas, « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998), en ligne: <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm> > (consulté le 29 novembre 2008). Sur les difficultés suscitées par les caractéristiques du réseau quant à la détermination de cet attribut, voir Sylvette Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Yvon Blais, 2006 aux pp. 288 et s. [Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*]

¹⁰ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2004 à la p. 2.

lois », soit la détermination du juge compétent et de la loi applicable au litige. La méthode dite « Savignienne » conduit à la localisation du rapport en cause dans un ordre juridique, dont on présume qu'il a des liens matériels ou rationnels les plus étroits avec la situation. En principe, l'élaboration des facteurs de rattachement repose sur une division géographique du monde en États souverains, autrement dit par un « découpage géopolitique de la Terre » pour reprendre l'expression utilisée par Sylvette Guillemard¹¹.

Le commerce électronique se pratique dans un « monde » virtuel et reflète une réalité mobile, globale et technique en pleine et constante évolution. Défiant le système juridique traditionnel, il lui impose, outre les difficultés propres à chaque branche du droit privé, l'existence permanente d'un élément d'extranéité. La matière, ainsi embrouillée, interpelle directement le droit international privé. L'opportunité de la fonction « répartitrice »¹² de la règle conflictuelle « neutre », repose sur la pertinence du critère de rattachement retenu pour la localisation du rapport de droit¹³. La problématique devient ici manifeste : comment concilier cette localisation avec l'immatérialité des échanges « en ligne » ?

Ayant brièvement introduit les deux notions protagonistes qu'implique notre recherche, nous nous proposons de traiter de la capacité du droit international privé à régir les caractéristiques de l'Internet, de vérifier la ténacité de sa logique et la consistance de sa méthodologie. L'objet de cette recherche est de s'interroger sur la capacité du droit international privé, en tant que mécanisme de régulation des litiges, à surmonter le défi du commerce électronique. La question principale peut être formulée comme suit : les principes fondamentaux de rattachement en droit

¹¹ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 289.

¹² Horatia Muir Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Université Paris II, 1985. [Non publiée]

¹³ Hélène Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) » (2005) 312 R.C.A.D.I. 9 à la p. 173.

international privé, sont-ils aptes à remplir leur fonction face aux litiges générés par le commerce électronique ? En d'autres termes, la transposition de ces règles conçues initialement pour le commerce traditionnel, se fait-elle sans déficit dans le cadre du commerce électronique ?

Le droit civil systématique et codifié, subit largement l'impact des situations inédites générées par le commerce électronique, à la différence de la *common law* mieux adaptée à la nature dynamique du réseau. Cette nuance est parfaitement illustrée par deux auteurs, lesquels considèrent que « le prix attaché par le droit codifié à l'uniformité des résultats et à la sécurité juridique contraste avec la production progressive de la *common law*, focalisé sur le juste règlement des cas d'espèce au gré de leur apparition contentieuse »¹⁴.

L'analyse du droit international privé communautaire présente l'avantage de vérifier l'ampleur du problème pour une diversité de pays adoptant des solutions conflictuelles uniformes. Ainsi, notre réflexion sera centrée sur les solutions fournies par le *Règlement CE n° 44/2001*¹⁵ pour la compétence juridictionnelle et par la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*¹⁶ quant à la détermination de la loi applicable, substituée à compter du 17 juin 2008 par le *Règlement CE n° 593/2008*¹⁷ sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La

¹⁴ Duncan Fairgrieve et Horatia Muir Watt, *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence?*, Paris, Presses universitaires de France, 2006 à la p. 27.

¹⁵ CE, *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*, [2001] J.O. L12/1, en ligne : Lexinter.net < http://www.lexinter.net/UE/reglement_du_20_decembre_2000_sur_la_competence_judiciaire_et_l%27execution_des_jugements.htm > (consulté le 28 septembre 2008). [*Règlement de Bruxelles*]. Ce règlement remplace sans grand changement la *Convention de Bruxelles* du 27 septembre 1968 soit la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [1968] JO L 319/9. [*Convention de Bruxelles*]

¹⁶ *Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, [1980] J.O. L 266, en ligne : Lexinter.net < http://www.lexinter.net/WEB7/convention_de_rome.htm > [*Convention de Rome*] (consulté le 28 septembre 2008). [*Convention de Rome*]

¹⁷ CE, *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [2008] J.O. L177/6. [*Règlement de Rome*]

méthode utilisée par le droit international privé pour résoudre la question de la compétence des autorités et de la loi applicable aux contrats de commerce international, constituera le pivot de notre étude. De nature différente, la question de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale souffre également de l'incidence du réseau. Elle déborde cependant de notre cadre d'analyse.

Le recours aux solutions envisagées par le droit français, lequel fait à l'occasion un renvoi exprès aux instruments communautaires mentionnés ci-dessus, sera occasionnel. Ce choix se justifie notamment par la place prépondérante qu'occupe la France, en raison de l'influence qu'elle exerce sur l'activité législative d'autres États. Notre recherche étant centrée sur les règles conflictuelles, l'examen des solutions matérielles à la fois conventionnelles et communautaires (directives)¹⁸ est ainsi écarté.

Bien que le commerce électronique démontre une pratique bien établie, sa conception juridique dépend de la définition extensive ou étroite retenue¹⁹. Il importe alors de préciser quelle acception sera retenue pour cette étude. Les contrats du commerce électronique sont partagés entre le classicisme des opérations commerciales traditionnelles et l'originalité de certains contrats spéciaux²⁰. Ces derniers exigent à titre préliminaire, de déterminer leur nature juridique afin que leur inclusion dans le champ matériel des conventions étudiées soit vérifiée. Force est de

¹⁸ Sauf pour les dispositions des directives qui dictent une règle de conflit.

¹⁹ Pour une définition large, voir celle proposée par Éric Barbry pour qui ce concept désigne « l'ensemble des échanges d'informations, opérations et transactions réalisées sur le réseau et qui affecte la vie des affaires » : Éric Barbry, « Le droit du commerce électronique : de la protection... à la confiance » (1998) 2 *Revue de Droit de l'Informatique et des télécoms* 14 à la p. 15, cité par Mas, *supra* note 5 à la p. 7.

²⁰ Par exemple le contrat de fourniture d'accès à Internet, le contrat d'hébergement d'un site et le contrat de référencement. Sur cette distinction, voir Thierry Revet, « Présentation générale du contrat électronique », dans *Le contrat électronique*, *supra* note 8, cité par Jean-Michel Jacquet, Philippe

constater que cet axe de recherche constitue un problème juridique indépendant, qu'il nous est impossible de traiter dans les limites ici imposées²¹. Nous nous intéresserons principalement aux opérations traditionnelles (ventes et prestations de service), en effleurant si nécessaire la question de certains contrats spéciaux fréquemment conclus en ligne. Nous signalons notre préférence de mener une étude juridique qui exclut l'examen de la technicité développée de l'Internet, en nous limitant à la connaissance de ses caractéristiques juridiquement importantes.

Notre interrogation sur la capacité du droit international privé à régir le contentieux du commerce électronique se vérifie logiquement par la confrontation de ces deux notions. Notre évaluation sera donc mieux servie en divisant le thème en deux parties.

Dans un premier temps, nous étudierons les facteurs de rattachement juridictionnels et législatifs qui régissent un contrat commercial traditionnel. À son tour, cette partie se divisera naturellement en deux, l'une pour le rattachement juridictionnel et l'autre pour le rattachement législatif. La similitude de l'aspect de ces deux titres nous mènera à nous pencher analogiquement et respectivement sur les mêmes concepts. Nous traiterons d'abord du principe de l'autonomie de la volonté et sa dérivée, la liberté contractuelle, de même que de ses limites. Nous aborderons ainsi le choix exercé par les parties de désigner dans leur contrat les autorités judiciaires ou arbitrales admises à trancher leurs litiges de même que la loi appelée à les régir (respectivement par le biais d'une clause d'élection de for et d'une clause de droit applicable). Les limites dont il est ci-dessus fait mention se fondent principalement sur des intérêts politiques, économiques ou sociaux visés par des dispositions impératives auxquelles les contractants ne peuvent déroger – règles d'application

Delebecque et Sabine Corneloup, *Droit du commerce international*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 2007 à la p. 272.

²¹ Pour une étude exhaustive sur le sujet, voir Mas, *supra* note 5.

impérative, ordre public international et protection des parties faibles (consommateurs). Puisque les parties peuvent ne pas avoir fait de choix, nous aborderons par la suite les facteurs de rattachement objectifs qui entrent en jeu dans le cadre des obligations contractuelles dans lesquelles s'insère le contrat électronique.

La deuxième partie inclura la seconde composante de notre analyse – le commerce électronique –, ce qui entraînera sa confrontation avec le droit international privé. Une rapide introduction permettra de présenter les caractéristiques juridiquement importantes des réseaux, de manière à mieux saisir l'incidence du commerce électronique sur la transposition des concepts conflictuels. Nous confronterons les deux notions à la base de notre réflexion, en évaluant l'impact du commerce électronique en matière de liberté contractuelle pour ensuite interroger la fonction des limites dessinées traditionnellement et l'applicabilité des facteurs de rattachement objectifs préalablement recensés. Ce volet sera examiné en fouillant une littérature considérable qui, dès l'avènement des réseaux, a recensé les difficultés rencontrées par le droit international privé. Une méfiance à l'égard de certains écrits s'imposera, du fait que quelques auteurs, favorisant une approche transnationale, effleurent cette incidence tandis que d'autres en méconnaissent son ampleur.

Les résultats de ces démarches serviront d'outils pour vérifier notre interrogation principale, à savoir la capacité des règles de conflit à régir le contentieux du commerce électronique.

PARTIE I

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET LES CONTRATS

Actuellement, le droit international privé des contrats se caractérise par un mélange de classicisme et de modernité, pour appréhender les échanges économiques internationaux qui se déploient dans un espace mondialisé. Dans cette perspective, des solutions traditionnelles combinées avec des tendances nouvelles seront présentées à travers une distinction classique, opposant le conflit de juridictions (Titre 1) au conflit de lois (Titre 2).

TITRE I

LES CONFLITS DE JURIDICTIONS

La *Convention de Bruxelles* est un traité double²² uniformisant les règles de compétence judiciaire et l'exécution des décisions au sein des pays adhérents, créant ainsi un véritable « espace judiciaire européen »²³. Parallèlement, et dans le cadre de l'extension de cet espace aux États membres de l'Association Européenne de Libre Échange, fut signée en 1988 la *Convention de Lugano*²⁴ dont les dispositions sont

²² La doctrine distingue entre « traité simple » ayant pour objet la seule question de la reconnaissance des décisions et « traité double » qui englobe outre cette question, l'introduction de règles de compétence directes communes qui remplacent dans chaque État les règles de compétence de droit commun dans les relations visées par le traité. Voir Loussouarn *et al.*, *Droit international privé, supra* note 7 à la p. 586.

²³ Hélène Gaudemet-Tallon, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996 à la p. 3.

²⁴ Sur cette *Convention*, voir Paul Jenard et Gustaf Möller, *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le*

calquées sur celle de la *Convention de Bruxelles*. En vigueur depuis le 1^{er} mars 2002, le *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* remplace, sans grands changements, la *Convention de Bruxelles*²⁵. À l'instigation des États-Unis et en vue de remédier aux inconvénients liés à la diversité des règles de compétence entre l'Union européenne et les pays tiers, fut entreprise en 1992 sous les auspices de la Conférence de La Haye, la négociation d'une convention à vocation universelle sur la compétence des tribunaux et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En raison de désaccords importants sur certains aspects de l'avant-projet, l'objectif ambitieux des négociations s'est réduit à l'adoption d'un projet de convention limité aux accords d'élection de for²⁶. Son entrée en vigueur aurait constitué, « le pendant de ce qui a été réalisé en matière d'arbitrage par la Convention de New York de 1958 »²⁷ et aurait conduit « à écarter l'application du droit communautaire dans un important nombre d'hypothèses »²⁸. Mais en l'absence de tout instrument à vocation universelle régissant les règles de compétence, le *Règlement de Bruxelles* s'impose à titre de cadre législatif, son application étant plus fréquente que celle du droit commun des États membres. Nous examinerons d'abord la compétence résultant de l'accord des parties ainsi que les limites imposées à

16 septembre 1988, [1990] J.O. C 189/07; Georges Droz, « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles » (1989) 78 Rev. crit. D.I.P. 1; Jean-Paul Beraudo, « Convention de Lugano du 16 septembre 1988 » JurisClasseur Europe Traité, fasc. 3100-3103.

²⁵ Son interprétation est confiée à la Cour de Justice des Communautés Européennes sur renvoi préjudiciel, réservé aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de droit interne. À noter que la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'interprétation des dispositions de la *Convention de Bruxelles* reste pertinente pour ce qui est de celles du *Règlement de Bruxelles* non modifiées.

²⁶ Voir Catherine Kessedjian, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for » (2006) 3 J.D.I. 813.

²⁷ Bernard Audit, *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, Economica, 2008 à la p. 418. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 3, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (consulté le 26 février 2010).

²⁸ Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 2007 à la p. 268.

l'exercice de cette faculté (Chapitre I), pour se pencher par la suite sur celle provenant de facteurs de rattachement objectifs (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA COMPÉTENCE VOLONTAIRE

On s'accorde généralement sur l'utilité que revêt la convention par laquelle les parties à un contrat international visent à soumettre un litige éventuel ou déjà né entre eux à une autorité désignée. Pratiquement, cet accord prend deux formes : la clause attributive de juridiction désignant les tribunaux d'un pays donné (Section 1), et la clause d'arbitrage, donnant compétence à des juges privés (Section 2).

1.1 La clause attributive de juridiction

Les clauses attributives de juridiction constituent la forme la plus fréquente de ce que l'on dénomme la « prorogation volontaire de juridiction »²⁹ pour désigner l'accord

²⁹ On parle aussi d'« élection de for », de « convention de for » et de « soumission de juridiction ». Hélène Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965 à la p. 3. Voir cependant la réserve exprimée par Bernard Audit sur la désignation de cette clause par le terme « convention », « ce qui évoque un accord autonome et conclu pour lui-même, alors qu'il s'agit presque toujours d'une clause incluse (et en fait souvent « noyée ») dans un contrat principal » : *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 465. Voir aussi Philippe Guez pour qui, « loin de constituer un contrat distinct, la clause d'élection de for constitue une stipulation accessoire du contrat dans lequel elle est stipulée » : *L'élection de for en droit international privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris X - Nanterre, 2000 à la p. 26 [non publiée]. *Contra*, l'opinion considérant que lorsque « l'accord sur la compétence internationale est formulé comme la clause d'un contrat » il doit être traité « comme une convention autonome et indépendante du contrat dans lequel elle est insérée ». Charalambos N. Fragistas, « La compétence internationale en droit privé » (1961) 104 R.C.A.D.I. 238. Dans le même sens, Gaudemet-Tallon, *Prorogation volontaire*, *Ibid.* aux pp. 52, 240; Gabrielle Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 1980 aux pp. 36, 65; Jerzy Jodlowski, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile » (1974) 143 R.C.A.D.I. 510.

des parties en faveur d'une juridiction donnée. Selon Hélène Gaudemet-Tallon, la prorogation volontaire de juridiction s'entend comme « l'acte par lequel les parties vont soustraire leur différend au tribunal qui aurait dû en connaître, pour le porter devant une juridiction de leur choix »³⁰. En son temps, la *Convention de Bruxelles* illustre la consécration internationale de ces clauses qui remédiaient à l'incertitude de la compétence internationale et assuraient par telle la prévisibilité du juge compétent³¹. L'article 23 du *Règlement de Bruxelles*, quant à lui, ne vise pas tous les accords d'élection de for dont sont susceptibles de connaître les tribunaux des États membres, ce qui appelle parfois l'intervention du droit international privé commun du for. La clarté de l'exposé qui suit requiert que soit présenté en premier le régime des clauses attributives de juridiction en droit communautaire (1.1.1) pour s'attarder ensuite à celui applicable en droit commun, à savoir ici la loi française applicable (1.1.2).

1.1.1 Le droit communautaire

1.1.1.1 L'internationalité

Selon la définition formulée par le doyen Battifol, un contrat est juridiquement international lorsque « par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plusieurs systèmes juridiques »³². Bernard Audit se prononce dans le même sens en précisant que le contrat international est « celui qui présente

³⁰ Gaudemet-Tallon, *Prorogation volontaire*, *Ibid.* à la p. 3. Cette définition fait ressortir la distinction fermement établie en doctrine entre la prorogation de compétence – les parties vont « conférer » ou « attribuer » à un tribunal une compétence dont en principe il est dépourvu – et la dérogation de compétence – corrélativement, la compétence du tribunal « normalement » compétent est écartée.

³¹ À ce titre, ces clauses participent pleinement à l'économie du contrat international comme le souligne la Cour de cassation. Voir Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1986, *Rev. crit. D.I.P.* 1987. 396 (note Hélène Gaudemet-Tallon), *RTD civ.* 1987. 547 (obs. Jacques Mestre); Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2001, *DMF.* 2001. 216 (note Philippe Delebecque).

³² Henri Battifol, *Encyclopédie Dalloz Droit international*, Paris, Dalloz, 1968, v^o Contrats et Conventions, n^o 9.

lui-même et directement un élément de rattachement avec l'étranger »³³. Force est ici de constater que la définition juridique se base sur l'existence d'un facteur d'extranéité, qui s'apprécie selon le point de vue d'un État : « c'est par rapport à lui que certains éléments du rapport de droit sont considérés comme « étrangers » »³⁴. En parallèle de cette définition juridique coexiste³⁵ une définition économique élaborée par la jurisprudence où l'internationalité résulte de toute opération qui implique « un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières »³⁶. Le critère fut assoupli ultérieurement, lorsque fut admis la notion de contrat mettant en jeu « les intérêts du commerce international »³⁷, formule expressément retenue par l'article 1492 du *Nouveau Code de procédure civile* en matière d'arbitrage. Cette dernière définition est selon Jean-Michel Jacquet plus conforme à la « réalité profonde du droit du commerce international », puisqu'elle permet aux tribunaux d'écarter la logique conflictuelle et par conséquent les prohibitions de certaines stipulations en droit

³³ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 681. Voir aussi Jacquet et *al.*, *supra* note 20 à la p. 12.

³⁴ Jacquet et *al.*, *Ibid.* à la p. 12. Cette conception est une reproduction exacte de l'enseignement de Pierre Lalive à l'Académie de droit international de La Haye en 1977 sur la distinction entre les situations dites « internes » et celles dites « internationales », considérant que l'élément d'extranéité s'apprécie au regard de « l'ordre juridique du pays dans lequel on se trouve, ou à l'ordre juridique du point de vue duquel on considère ladite situation » : « Tendances et méthodes en droit international privé » (1977) 2 R.C.A.D.I. 1 à la p. 16. Partant, on constate que la nature de ce critère est conceptuelle et non factuelle, le « facteur de rattachement » n'étant que l'autre face « d'une même médaille ». Voir notamment Alain Prujiner, « Le droit international privé : un droit du rattachement » dans Christian Dominicé, Robert Patry et Claude Reymond, dir., *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993 à la p. 166. *Contra*, Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 362-364.

³⁵ « Cette définition ne disqualifie pas totalement la définition classique axée sur la présence d'éléments d'extranéité ». Jacquet et *al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 14.

³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, D.P. 1928. I. 25 (concl. Matter, note Henri Capitant); Dijon 27 avril 1983, JDI 83. 610 (obs. Philippe Fouchard).

³⁷ Cass. civ. 19 février 1930, *Mardelé* et 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S. 1933. I. 41 (note Jean-Paulin Niboyet). [*Mardelé et Dambricourt*]. Pour une référence bibliographique complète sur la jurisprudence qui a eu recours à cette notion, voir Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 681.

interne comme les clauses monétaires ou de garantie de change et les clauses compromissaires entre non-commerçants³⁸.

En l'absence de toute précision rédactionnelle, la question de savoir si l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* suppose l'internationalité du contrat, s'impose. La doctrine majoritaire³⁹ estime qu'une situation juridique internationale doit nécessairement être caractérisée. Cette position nous paraît fort convaincante, du fait que le préambule de la *Convention de Bruxelles* visait la détermination de la compétence « dans l'ordre international »⁴⁰. L'opinion contraire soutenue par Georges Droz, pour qui l'accord intervenu entre les parties « peut viser des litiges purement internes »⁴¹, n'est cependant plus isolée depuis l'arrêt *Owusu*⁴² lequel a été interprété comme rejetant toute idée de restriction au champ de l'article 17 de la *Convention de Bruxelles*⁴³.

³⁸ Prenant appui sur de telles considérations, le recours à des règles matérielles de droit international privé donne plein effet à ces clauses. Voir en ce sens Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 74; Audit, *Ibid.* à la p. 681; Jacquet *et al.* *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 13.

³⁹ Paul Jenard, *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [1979] J.O. C 282 à la p.38; Peter Schlosser, *Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, [1979] J.O. C 59, n. 174; Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^e éd. Paris, L.G.D.J., 2010 à la p. 125 et les références citées; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 250.

⁴⁰ Voir le dernier considérant de la *Convention*. La Cour de cassation partage cette conviction et considère que l'application de l'article 17 est « subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la situation » en précisant que ce caractère international « s'apprécie, pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction ». Voir Cass. civ. 1^{er}, 4 oct. 2005, *Rev. crit. D.I.P.* 2006. 413 (note Mathias Audit), *JDI*. 2007.169 (note Jean-Michel Jacquet).

⁴¹ Georges A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972 à la p. 129.

⁴² C.J.C.E. *Owusu c. Jackson*, C-281/02, [2005], en ligne: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j/6/> (consulté le 2 Mars 2010).

⁴³ Albert Venn Dicey, John Humphrey Carlile Morris et Lawrence Collins, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2006, para. 12-102. Ces auteurs considèrent comme étant « certaine » l'absence de condition d'internationalité de la clause attributive en vue de l'applicabilité de l'article 17. Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Poznan (Pologne), rendu dans le cadre de l'interprétation de l'article 17 de la *Convention de Lugano*, estimant que

Si on se rallie à la thèse majoritaire selon laquelle une situation internationale doit être caractérisée, reste à déterminer si cette internationalité se rattache à la clause d'élection de for ou au contrat dans lequel elle est insérée. Autrement dit, la seule désignation d'un for étranger peut-elle constituer en elle-même l'élément d'extranéité nécessaire pour rendre le litige international ? Selon Hélène Gaudemet-Tallon, il semble « préférable de décider que l'article 17 [*Convention de Bruxelles*] n'intervient que si la situation est internationale et qu'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger ne suffit pas à elle seule à conférer cette internationalité »⁴⁴. Commentant l'affaire *C.S.E.E.*⁴⁵, elle ajoute que « [...] le simple fait de soumettre le litige à un tribunal étranger ne saurait suffire à lui conférer un caractère international. Ce dernier doit découler d'autres circonstances [...] qui varieront selon les cas ». Cette même conclusion est formulée par Jean-Paul Beraudo, lequel souligne le risque d'introduire artificiellement un élément d'extranéité, la partie dominante au contrat cherchant ainsi à échapper à l'interdiction de déroger aux règles de compétence internes qui sont en général plus restrictives⁴⁶. Il serait dangereux de définir les critères d'une situation internationale de façon mécanique et purement abstraite, étant « préférable de les apprécier *in concreto*, en fonction de la nature de la relation

l'applicabilité de cet article n'étant pas exclusive aux situations internationales. I ACz 2601/03, OSP 2005, nr 2, poz. 24, p. 97-98, cité par Karol Weitz et Piotr Rylski, « European Civil Procedure: Study JLS/C4/2005/03 – Evaluation of Application of Regulation 44/2001 National Report » – Poland Warsaw, en ligne: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_bx11_poland.pdf (consulté le 02 mars 2010).

⁴⁴ Gaudemet-Tallon, *Conventions de Bruxelles et de Lugano*, *supra* note 23 à la p. 83.

⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, *Cie de signaux électriques c. Sorelec*, Rev. crit. D.I.P. 1986. 537 (note Hélène Gaudemet-Tallon), D. 1986. Inf. rap. 265 (obs. Bernard Audit). [*Sorelec*].

⁴⁶ Jean-Paul Beraudo, « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Convention de Lugano du 16 septembre 1988. – Règlement n. 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Prorogation volontaire de compétence » (2006) *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 3011 au para. 8; Philippe Guez s'exprime dans le même sens considérant que « Le choix d'une juridiction étrangère risque [...] d'être abusivement imposé par la partie forte pour éviter tout contentieux » puisque la partie faible sera généralement contrariée à tenter un procès à l'étranger vu les frais exorbitants liés à cette démarche: *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 71; voir aussi Pierre Gothot et Dominique Holleaux, « La Convention entre les États membres de la CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (1971) 167 *JDI* 747; Jodlowski, « Les conventions relatives à la prorogation », *supra* note 29 à la p. 554.

juridique en cause, même si ceci peut susciter une marge d'incertitude »⁴⁷. Nous proposons de suivre la démarche proposée par ces auteurs⁴⁸.

Quant au caractère international du litige, il y a lieu de distinguer selon que l'on est en présence d'un litige international « ordinaire » ou « communautaire »⁴⁹. Un litige est considéré comme « intégré à la Communauté » lorsqu'il relève de l'un des trois critères généraux de compétence formulés par le *Règlement de Bruxelles*: le défendeur est domicilié dans un État membre⁵⁰, l'objet du litige présente un certain lien avec l'État membre jugé seul significatif⁵¹, ou les parties ont attribué compétence à un for d'un État membre dans les conditions de l'article 23⁵² qu'il convient maintenant de présenter.

⁴⁷ Beraudo, *Ibid.*

⁴⁸ Les textes internationaux en matière de compétence rejettent généralement le principe de l'« internationalité subjective ». C'est le cas de la *Convention de La Haye* du 15 avril 1958 sur la compétence internationale en cas de vente à caractère internationale d'objets mobiliers corporels, comme l'indique son intitulé, ainsi que pour celle du 25 novembre 1965 visant les « rapports internationaux ». Mais comme le fait remarquer judicieusement Mr Guez, « l'expression « rapports internationaux » ne semblait concerner ni spécifiquement la clause, ni spécifiquement le litige » : *supra* note 29 à la p. 70. Devant cette ambiguïté qui reflète sans aucun doute les difficultés qui ont entouré les négociations sur cette *Convention* et l'intention des ses rédacteurs de concilier les différents points de vues, une appréciation *in concreto* nous apparaît judicieuse. Voir cependant Jerzy Jodlowski, pour qui, l'expression utilisée « ne saurait laisser de doutes qu'il ne s'agit pas du caractère international de l'accord de prorogation, mais du caractère international du litige à propos duquel un tel contrat aura été conclu » : *supra* note 29 à la p. 553. *Contra*, le rapporteur Lars Welamson, selon qui, on est en présence d'un « rapport international » du seul fait de la volonté des parties : « Rapport explicatif de la Convention de la Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for », *Actes et Documents de la Xe session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, t. IV, For contractuel, aux pp. 209 et 210.

⁴⁹ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 426.

⁵⁰ *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 2. Même si le demandeur est domicilié à l'extérieur de la Communauté.

⁵¹ *Règlement de Bruxelles*, *ibid.*, art. 22, instituant des compétences exclusives.

⁵² Bien que cette présentation soit exacte, elle ne rend pas compte cependant de la nature complexe du système introduit par le *Règlement de Bruxelles*, où certains litiges internationaux ordinaires sont parfois affectés par ses dispositions et inversement. Nous nous efforçons au possible de présenter ce système d'une façon globale, mais point n'est besoin de rappeler que seules les règles de compétences directement liées à notre sujet seront analysées.

1.1.1.2 La validité de la clause d'élection de for

L'article 23 alinéa 1er du *Règlement de Bruxelles* stipule que : « Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents ». Littéralement, cet article pose deux conditions cumulatives pour son application : la domiciliation de l'une des parties sur le territoire d'un État membre et la désignation d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre (a). En outre, il est traditionnellement conçu que la volonté doit être distinguée de son mode d'expression constitué par des règles de formes (b)

a) Les conditions de fond

La première condition démontre que cet article est indifférent de la position procédurale des parties, ce qui constitue une dérogation au système général du *Règlement de Bruxelles* qui prévoit une compétence calquée sur la règle *Actor sequitor forum rei*⁵³. Aux termes de l'article 59 du *Règlement de Bruxelles*, le juge saisi applique sa propre loi pour déterminer si une partie est domiciliée sur son territoire. Dans la négative, il applique la loi de l'État membre où cette personne est domiciliée. En ce qui concerne les personnes morales et les sociétés, son article 60 précise qu'elles sont domiciliées là où est situé leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement⁵⁴.

⁵³ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 4.

⁵⁴ La formulation de cette règle matérielle est appréciée du fait que l'article 53 de la *Convention de Bruxelles* concernant le même sujet, prescrivait au juge saisi, d'appliquer « les règles de son droit international privé », ce qui constitue « un facteur d'incertitude dans la mesure où les droits des États contractants diffèrent grandement sur la notion [...] de siège, certaines législations adoptant le critère du siège réel alors que d'autres se réfèrent au siège statutaire ». Guez, *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 79.

La question de la date retenue pour apprécier la domiciliation des parties est discutée en doctrine⁵⁵, même s'il résulte de la lettre de l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* que la question doit être appréciée au moment de la conclusion de la clause d'élection de for⁵⁶; la qualité des parties doit être envisagée en tant que contractant et non en tant que plaideur. Un autre argument qui milite en faveur de cette interprétation, repose sur le principe de la bonne foi et de la stabilité des engagements contractuels⁵⁷; toute stipulation contractuelle doit être appréciée au jour de sa formation, question d'empêcher une partie contractante de se soustraire à l'article 23 en changeant de domicile. Selon cette interprétation qui nous semble bien fondée, la condition de domiciliation serait remplie, même si au moment de l'introduction de l'instance aucune partie n'est domiciliée sur le territoire d'un État contractant⁵⁸. Il nous faut dire que certains auteurs opposent la conception processuelle de cette clause⁵⁹, pour s'exprimer en faveur de l'appréciation du domicile au moment du procès⁶⁰. Cette interprétation reste cependant isolée en doctrine, puisqu'elle s'appuie sur la nature exclusivement procédurale de la clause attributive de juridiction⁶¹.

La seconde condition voulant que la clause d'élection de for désigne le tribunal ou les tribunaux d'un État membre, suscite moins de controverse. Cette disposition

⁵⁵ Beraudo, « Fascicule 3011 », *supra* note 46 au para. 15.

⁵⁶ *Ibid.*; Voir aussi, Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 464; Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 79.

⁵⁷ « C'est au moment de la conclusion de l'accord que les parties doivent pouvoir prévoir, avec certitude, ses conséquences ». Droz, *Compétence judiciaire*, *supra* note 41 à la p. 118.

⁵⁸ Voir en ce sens Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 79 et les références doctrinales citées.

⁵⁹ « La clause attributive de juridiction [...] est par nature, une option de compétence qui n'a pas d'effet juridique tant qu'une instance judiciaire n'est pas déclenchée et qui ne tire à conséquence qu'au jour où l'action judiciaire est mise en mouvement ». C.J.C.E. *Sanicentral c. Collin*, C- 25/79, [1979] Rec. C.E. I-3423 (concl. Francesco Capotorti), JDI 1980. 429 (note André Huet), D. 1980. 543 (note Jacques Mestre).

⁶⁰ Fernand Schockweiler, « Rapport » dans Harry Duintjer Tebbens, *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe: actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen, Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991*, Londres, Butterworths, 1993 à la p. 122; Aubrey L. Diamond, *Ibid.* à la p. 145, cités par Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 80.

⁶¹ Voir sur ce point ci-dessous, partie I, chapitre I, section I.B.

rend possible la désignation globale des tribunaux d'un État membre, attribuant ainsi une compétence générale à ces autorités. Le tribunal compétent est déterminé par recours aux règles de compétence territoriale interne de l'ordre juridique désigné. Bien que la lettre de l'article 17 de la *Convention de Bruxelles* ne permettait que la désignation du tribunal ou des tribunaux d'un seul État membre, la Cour de Justice des Communautés Européennes⁶² prend position en faveur de l'extension de la liberté des parties. Elle considère que la formulation de l'article 17 « inspirée de la pratique la plus courante dans la vie des affaires, ne saurait cependant être interprétée comme visant à exclure la possibilité, pour les parties, de désigner deux ou plusieurs juridictions en vue du règlement de litiges éventuels »⁶³. Cette exigence étant une condition d'application de l'article 17 de la *Convention de Bruxelles*, rien n'empêche les parties de soumettre leur différend à un État tiers. Dans ce cas, la clause d'élection de for est appréciée par le droit commun du tribunal de l'État contractant saisi du litige⁶⁴. Cette dernière condition, combinée aux prescriptions de forme mentionnées ci-dessous, confère à la compétence du juge élu une exclusivité et ce, en dépit de la

⁶² Ci-après désigné dans le texte par les initiales C.J.C.E.

⁶³ C.J.C.E. *Meeth c. Glacetal*, C-23/78, [1978] Rec. C.E. I-2133 (concl. Francesco Capotorti), JDI 1979. 663 (note André Huet), Rev. crit. D.I.P. 1981. 83 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

⁶⁴ Voir la position doctrinale relative à l'application de l'article 17, lorsque la protection de la partie faible est en cause. Droz, *Compétence judiciaire*, supra note 41, n° 217; Pierre Gothot et Dominique Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, n° 128; Gaudemet-Tallon, *Conventions de Bruxelles et de Lugano*, supra note 23, nos 111 et 252. Pour Philippe Guez, la défense de cette extension n'est pas motivée par un désir de protectionnisme juridique mais par un souci de protection juridique; une réglementation unique – article 17 (C) – renforce la sécurité juridique et dissipe l'incertitude liée à la diversité des droits étatiques susceptibles d'être appliqués : *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 85; D'un autre côté, « La Convention n'entendait pas en effet régir une clause, même souscrite par une personne domiciliée dans un État contractant, désignant un tribunal d'un État tiers; un tel for est libre d'apprécier sa compétence – l'effet « positif » de la clause – et les tribunaux d'un État membre éventuellement évincés par la clause le sont d'en apprécier la validité au regard de son effet « négatif » ». Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 463. Voir aussi, Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, supra note 10 à la p. 250; Guez, *Ibid.* à la p. 84; Droz, *Ibid.* à la p. 134; C.J.C.E. *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV*, C-387/98, [2000] Rec. C.E. I-9337, JDI 2001. 701 (note Jean-Marc Bischoff), Rev. crit. D.I.P. 2001. 359 (note Florence Bernard-Fertier), en ligne : <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/> (consulté le 12 mars 2010).

domiciliation des parties sur le territoire d'un État membre⁶⁵. Hélène Gaudemet-Tallon conteste cette exclusivité, prétendant que cette hypothèse produit un « effet moindre »⁶⁶ que dans le cas où l'une des parties y est domiciliée, en plus de traduire « l'absence d'exclusivité du tribunal choisi »⁶⁷.

Il y a lieu de préciser les limites imposées par le *Règlement de Bruxelles* à l'exercice de la liberté contractuelle. Les clauses attributives de juridiction sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions particulières en matière d'assurance, de consommation, de contrat de travail ou dérogent à la compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers⁶⁸. Cependant, aucun lien n'est exigé entre la juridiction désignée et le litige, la C.J.C.E. ayant précisé que « [les] considérations relatives aux liens entre le tribunal désigné et le rapport litigieux, au bien-fondé de la clause et aux règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi sont étrangères [aux] exigences »⁶⁹ de l'article en question.

b) Les conditions de forme

La finalité du formalisme en matière d'élection de for consiste à établir l'existence même du consentement des parties du fait, que l'accomplissement d'une

⁶⁵ « Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence ». *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 23 para. 3.

⁶⁶ Hélène Gaudemet-Tallon, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères » dans Algeria Borrás, dir., *E pluribus unum : Liber amicorum Georges A.L. Droz : on the progressive unification of private international law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996 à la p. 90.

⁶⁷ Gaudemet-Tallon, *Convention de Bruxelles et de Lugano*, *supra* note 23, n° 134. On peut reprocher une confusion entre le caractère exclusif de la compétence et la production de ses effets. La compétence du juge élu n'est pas dénuée du caractère exclusif même si ses effets ne se produisent qu'après que ce tribunal ait statué sur sa compétence.

⁶⁸ *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 23(5).

⁶⁹ C.J.C.E. *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA.*, C-159/97, [1999] Rev. crit. D.I.P. I-559 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

forme est plus facile à établir que le consentement des parties⁷⁰. Cette acception n'englobe pas le cas des vices du consentement lesquels sont soumis à la loi applicable à l'accord d'élection de for⁷¹. Malgré quelques contestations doctrinales, la clause attributive de juridiction est qualifiée de nature contractuelle⁷², et sa validité est sujette aux hypothèses élaborées par l'article 23 du *Règlement de Bruxelles*. Ainsi, la clause doit être jugée valable :

- Lorsqu'il y a eu convention écrite⁷³, ou verbale avec confirmation écrite⁷⁴ :

Sous le cadre de la première formule, la C.J.C.E. a tranché deux situations fréquemment envisageables dans les contrats internationaux, à savoir lorsque la clause figure dans les conditions générales imprimées au verso du contrat de vente ou sur un document distinct. Il a été jugé qu'il n'était satisfait à l'article 17 de la *Convention de Bruxelles* que si cet acte comporte un renvoi exprès aux conditions

⁷⁰ Voir en ce sens C.J.C.E. *Salotti c. RUWA*, C-24/76, [1976] Rec. C.E. I-1831, Rev. crit. D.I.P. 1977. 576 (note Ernst Mezger), JDI 1977. 734 (note Jean-Marc Bischoff), D. 1977, IR p. 349 (obs. Bernard Audit), Gaz. Pal. 1977. 1. 90 (concl. Francesco Capotorti), [*Salotti*]; Pour le droit français, voir Cass. com., 28 février 1983, Bull. civ. IV, n° 89; Cass. com., 10 janvier 1989, Bull. civ. IV, n° 20; Cass. com., 9 juillet 1991, Bull. civ. IV, n°256, RTD civ. 1992. 389 (obs. Jacques Mestre); Cass. com., 26 mai 1992, Rev. crit. D.I.P. 1992. 703 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

⁷¹ Cette solution est largement discutée en doctrine qui soulève la question épineuse de savoir si le respect des conditions de forme de l'article 23 épuise la question de la validité de la clause. Sur ces développements, voir Nathalie Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1999 à la p. 357 et s. À noter que l'arrêt *Benincasa* a consacré l'autonomie matérielle de la clause attributive par rapport au contrat principal, en laissant cette question en suspens. Voir C.J.C.E. *Benincasa c. Dentalkit*, C-269/95, [1997] Rec. C.E. I-3767, JDI 1998. 581 (obs. Jean-Marc Bischoff).

⁷² Voir par exemple Hélène Gaudemet-Tallon, *Prorogation volontaire*, supra note 29 à la p. 31; Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, supra note 29 à la p. 33; Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 265. Pour ces auteurs, la clause attributive de juridiction a un caractère hybride, soit d'une nature double : contractuelle et juridictionnelle. Cependant, la conception purement contractuelle de la nature de cette clause à laquelle nous adhérons, ne remet pas en cause la distinction traditionnellement établie entre sa licéité ou admissibilité et sa validité.

⁷³ Le *Règlement de Bruxelles* assimile à cette convention « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement » l'accord des parties. *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 23 para. 3. À comparer avec la disposition similaire de l'article 1316-1 du Code civil.

⁷⁴ Cette disposition est inspirée de la pratique allemande de la « lettre de confirmation de commande ».

générales, et que si le renvoi fait référence à un acte extérieur, qu'il soit établi avoir été communiqué à l'autre partie⁷⁵. Quant à la seconde formule, la C.J.C.E. est revenue sur sa position antérieure⁷⁶, estimant qu'il suffit que la clause verbale soit confirmée par écrit par l'une des parties :

[...] il est satisfait à la condition de forme [que l'article 17] édictée lorsqu'il est établi que l'attribution de juridiction a fait l'objet d'une convention verbale portant expressément sur ce point, qu'une confirmation écrite de cette convention émanant de l'une quelconque des parties a été reçue par l'autre et que cette dernière n'a formulé aucune objection⁷⁷.

Cette dernière exigence est écartée, lorsque les parties entretiennent des relations d'affaires.

- Lorsque la clause a été conclue sous une forme, conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles :

Si le contrat qui contient une clause attributive de juridiction se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, et que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant une telle clause, elle sera efficace « même en l'absence d'une convention verbale antérieure portant sur ladite clause »⁷⁸. N'ayant pas fait l'objet d'une précision par la C.J.C.E., Bernard Audit estime que la

⁷⁵ *Salotti*, *supra* note 70, Rev. crit. D.I.P. à la p. 577.

⁷⁶ « Il n'est pas satisfait aux exigences de forme posées par l'article 17, alinéa I, dans le cas d'un contrat conclu verbalement, que si la confirmation écrite du vendeur a donné lieu à une acceptation écrite de l'acheteur » (motif n° 12). C.J.C.E. *Galleries Segoura SPRL c. Sté Rahim Bonakdarian*, C-25/76, [1976] Rec. C.E. I-1851, Rev. crit. D.I.P. 1977. 581 (note Ernst Mezger), JDI 1977, p. 734 (obs. Jean-Marc Bischoff). [*Segoura*].

⁷⁷ C.J.C.E. *Berghoefer c. ASA*, C-221/84, [1985] Rec. C.E. I-2699 (concl. Gordon Slynn), JDI 1986. 453 (obs. Jean-Marc Bischoff), Rev. crit. D.I.P. 1986. 335 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

⁷⁸ C.J.C.E. *Geominne Hout c. Tilly Russ*, C-71/83, [1984] Rec. C.E. I-2417 (concl. Gordon Slynn), Rev. crit. D.I.P. 1985. 391 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1985, p. 159 (obs. Jean-Marc Bischoff), motif n° 18. Cet arrêt reprend la position adoptée par la C.J.C.E. dans l'affaire *Segoura* en 1976. *Supra* note 76, motif n° 12.

notion de « rapports commerciaux courants » « n'est pas l'exécution successive d'un contrat unique qui peut constituer des rapports commerciaux courants [...] mais une succession de contrats, dont il faudra sans doute au demeurant qu'ils se rattachent à la même « convention-cadre »⁷⁹.

- Lorsque la clause figure dans un contrat du commerce international, sous une forme conforme à un usage régulièrement observé dans ce type de contrat et dans la branche commerciale considérée, et que les parties connaissent ou sont censées connaître⁸⁰ :

Cette dernière hypothèse prend acte des exigences de non-formalisme, de simplicité et de rapidité dans le commerce international. Dans l'affaire *Rhénane*⁸¹, la C.J.C.E. a interprété ce cas de figure, en édictant une sorte de guide méthodologique pour le juge national; il lui appartient de vérifier si le contrat entre dans le cadre du commerce international, de dire s'il y a ou non un usage du commerce international et de déterminer si les parties étaient ou non censées connaître cet usage. Toutefois, cette tâche est allégée puisque la C.J.C.E. s'assure « de lui indiquer les éléments objectifs et nécessaires à une telle appréciation »⁸².

1.1.1.3 La protection du consommateur

Pour restituer l'équilibre contractuel, le *Règlement de Bruxelles* prévoit des règles de compétence spéciales en raison de la qualité de certains contractants, réputés être la partie faible au contrat⁸³. La volonté des parties est ici strictement restreinte et l'on a

⁷⁹ Bernard Audit, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1985, D. 1986. IR. 267.

⁸⁰ Cette formule est empruntée à la *Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises* (11 avril 1980), 1489 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur: 1er janvier 1988), art. 9.2.

⁸¹ C.J.C.E. *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg c. Les Gravières Rhénanes*, C-106/95, [1997] Rec. C.E. I-913 (concl. Avocat General G. Tesaurò), Rev. crit. D.I.P. 1997. 663 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1997. 625 (obs. André Huet), Europe 1997, n° 130 (obs. Laurence Idot). [*Rhénanes*].

⁸² *Ibid.*, motif 21.

⁸³ Si les conditions d'application de l'article 15 sont remplies, le tribunal compétent serait exclusivement celui du consommateur s'il est défendeur. Il a le choix en tant que demandeur de

pu déclarer que l'article 17 du *Règlement de Bruxelles* manifeste à l'égard des clauses attributives de juridiction « une hostilité de principe »⁸⁴. Selon cet article, il ne peut être dérogé au privilège de compétence attribué au consommateur que par des conventions :

1) postérieures à la naissance du différend; cette règle a pour fonction de « paralyser les clauses préimprimées qui figurent dans les contrats types, dans les conditions générales du contrat ou dans tout autre document contractuel »⁸⁵.

ou

2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués par la section 4⁸⁶; cette disposition entend élargir l'éventail des possibilités offertes au consommateur, tandis que le professionnel reste contraint à saisir exclusivement les tribunaux du domicile du consommateur.

ou

3) qui attribuent compétence aux tribunaux d'un État membre dans lequel le consommateur et son cocontractant avaient au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle, sauf si la loi de cet État interdit de telles conventions⁸⁷. Cette hypothèse, envisagée pour l'intérêt du professionnel, a pour objectif d'éviter qu'une telle clause concernant initialement une situation juridique interne, voit ses effets paralysées par le changement de domicile du consommateur dans un autre État contractant.

Cet article n'est applicable que si les conditions d'application de l'article 15 du *Règlement de Bruxelles* sont remplies⁸⁸. Dans le cas contraire, les clauses attributives

conserver cette compétence ou d'assigner le professionnel devant les tribunaux de l'État du domicile de ce dernier. Voir le chapitre 2, ci-dessous sur la règle de compétence en matière de consommation.

⁸⁴ Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 334.

⁸⁵ Guez, *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 104.

⁸⁶ Relative à la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs.

⁸⁷ C'est le cas avec de la France avec l'article 48 N.C.P.C.

⁸⁸ Voir le chapitre 2, ci-dessous sur la règle de compétence en matière de consommation.

de juridictions conclues avec les consommateurs relèveront de l'article 23⁸⁹, sachant qu'en tout temps les conditions relatives à la désignation du tribunal d'un État contractant et de domiciliation doivent être respectées. À cet égard, on notera un assouplissement et un durcissement aux termes de l'article 23 du *Règlement de Bruxelles*. L'assouplissement concerne la première condition, puisque le silence du texte sur cette question a été interprété par une doctrine majoritaire comme étant permissive à la désignation d'une juridiction étrangère⁹⁰. En revanche, l'exigence de domiciliation connaît un durcissement, puisque l'ensemble de la section 4 - relative à la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs - est soumis à l'article 4 alinéa 1er du *Règlement de Bruxelles*, lequel nécessite la domiciliation du défendeur dans le territoire d'un État contractant⁹¹.

1.1.2 Le droit national français

Une démarche contemporaine fait ressortir la double nature de la clause attributive de juridiction en droit interne. Il faut d'une part distinguer le caractère procédural de la clause, i.e. son admissibilité ou licéité – faculté reconnue aux parties de choisir leur juge – de sa dimension contractuelle, i.e. sa validité en tant qu'acte juridique⁹². Tandis que la première relève des conflits de juridictions⁹³, la seconde est soumise aux règles des conflits de lois⁹⁴. Cette construction intellectuelle conserve sa pertinence, et ce, même si l'on n'adhère pas à la thèse de la double nature. La clause constitue à la fois un facteur de rattachement à une règle de compétence préexistante

⁸⁹ Voir le chapitre 1. A. 2, ci-dessus sur la validité de la clause d'élection de for.

⁹⁰ Voir Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 101 et les références citées.

⁹¹ Tandis que l'article 23 est indifférent de la position procédurale des parties comme on l'a déjà noté.

⁹² Voir les références citées *supra*, note 72.

⁹³ Puisqu'il « serait certainement contraire au droit international public qu'un État prétende régler la compétence des organes d'un autre État ». Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 214.

⁹⁴ *Ibid.* à la p. 215.

en droit interne qui doit vérifier sa légitimité⁹⁵ (dimension procédurale), et une stipulation accessoire⁹⁶ au contrat soumise pour sa validité au conflit de lois (dimension contractuelle). Nous adoptons ce diptyque largement admis en doctrine pour traiter en premier lieu de la licéité de la clause attributive de juridiction (1) pour se pencher successivement sur sa validité en fonction de la loi française applicable (2) et des particularités du domaine de la consommation (3)⁹⁷.

1.1.2.1 La licéité de la clause d'attribution

Par « licéité de principe » il faut entendre la possibilité qu'un accord entre parties privées puisse avoir des effets sur un système juridictionnel et sa reconnaissance, indépendamment des conditions auxquelles celui-ci peut être soumis⁹⁸. L'admissibilité de la clause en droit interne est le fruit d'une évolution jurisprudentielle⁹⁹ marquée par deux objections majeures : celle de Bartin qui défendait la thèse de l'incorporation de la compétence à la souveraineté¹⁰⁰, et celle de

⁹⁵ « L'autonomie de la volonté ne constitue pas, en effet, un fondement indépendant et décisif de la juridiction car ce n'est que la volonté de l'État exprimée dans la loi ou dans la convention internationale qui constitue un tel fondement ». Partant, « elle doit [...] être considérée plutôt comme un point de rattachement qui peut justifier la compétence internationale des tribunaux d'un État dans les limites dans lesquelles cet État décide de respecter la prorogation volontaire de juridiction en faveur de ses propres tribunaux ou des tribunaux étrangers ». Jodlowski, *supra* note 29 à la p. 494.

⁹⁶ Cette qualification n'empêche pas de lui reconnaître une certaine émancipation pour détourner les conséquences fâcheuses en cas de nullité du contrat et ainsi lui appliquer un régime dérogatoire. On constate une divergence entre le droit commun et le droit communautaire; en France, ce principe est reconnu seulement en matière de résolution tandis que l'arrêt *Benincasa* affirme l'autonomie de cette clause en cas de nullité. Voir respectivement, TGI Paris, 10 juillet 1991, Rev. crit. D.I.P. 1993. 54 (note Hélène Gaudemet-Tallon) et *Benincasa*, *supra* note 71.

⁹⁷ « La question de savoir si une clause insérée dans un contrat est ou non abusive est incontestablement une question substantielle ». Étienne Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives » dans *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004 à la p. 814.

⁹⁸ Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, *supra* note 71 à la p. 81.

⁹⁹ La jurisprudence valide les clauses attributives de juridiction puisqu'elles ne sont pas prohibées par une disposition particulière. Voir *Mardelé* et *Dambricourt*, *supra* note 37. Les articles 14 et 15 du Code civil consacrant un privilège de juridiction par rapport à la nationalité française, étaient les seules règles relatives à la compétence internationale des tribunaux français.

¹⁰⁰ Étienne Bartin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, Paris, L.G.D.J., 1907 à la p. 54.

la conséquence de l'alignement de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle, i.e. du risque de forum shopping¹⁰¹. Le droit international privé actuel témoigne de l'abandon de ses deux arguments, en raison du succès de l'approche savignienne et de la substitution ferme du conflit de souveraineté au conflit des intérêts privés¹⁰², ainsi que de la confirmation du principe de l'autonomie en matière de conflits des lois et de l'unification des règles au niveau européen apportée par la *Convention de Rome*.

Pour combler la carence de la loi et pour élargir les hypothèses de saisine de ses juridictions, la jurisprudence a développé le principe de l'extension des règles de compétence territoriale internes aux relations internationales¹⁰³. Une difficulté résulte toutefois de l'entrée en vigueur du Nouveau Code de procédure civile¹⁰⁴ et notamment de son article 48 stipulant que :

Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçants et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée¹⁰⁵.

¹⁰¹ Puisque le juge applique ses propres règles de conflit. En d'autres termes, de l'autorité saisie dépend la règle applicable au fond du litige. Voir sur ce point, Gaudemet-Tallon, *Prorogation volontaire*, *supra* note 29 à la p. 133.

¹⁰² Les règles de compétence internationale sont édictées dans l'intérêt du justiciable. Loin d'affirmer la souveraineté de l'État sur ses sujets, « les objectifs de commodité des plaideurs, de bonne administration de la justice inspirent leur contenu ». Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 46. [Note omise].

¹⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1959, *Pelassa*, D. 1960. 37 (note Georges Holleaux), Rev. crit. D.I.P. 1960. 215 (note Yves Loussouarn); 30 octobre 1962, *Scheffel*, Rev. crit. D.I.P. 1963. 387 (note Phocion Francescakis), D. 1963. 109 (note Georges Holleaux).

¹⁰⁴ Le Nouveau Code de procédure civile, institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, est devenu le Code de procédure civile par la *Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit*, JO 21 décembre 2007, 296 [N.C.P.C.].

¹⁰⁵ Une autre difficulté doit être mentionnée concernant l'article 92 du N.C.P.C. assimilant la compétence internationale à une compétence d'attribution. Les enjeux du débat doctrinal sur la nature de la compétence internationale débordent assurément notre sujet, mais il semble nécessaire de

L'extension de cette règle à l'ordre international restreint sensiblement la portée des clauses attributives de juridiction et entrave le développement du commerce international¹⁰⁶. Sensible aux critiques de la doctrine dominante, la Cour de cassation a tranché le débat et refusé l'extension de cette règle aux relations internationales¹⁰⁷. Dix ans après la promulgation du N.C.P.C., l'arrêt *Sorelec* réaffirme la tendance jurisprudentielle favorable à la licéité des clauses attributives de juridiction, énonçant que « les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international [...] et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française »¹⁰⁸. Partant, les clauses attributives de juridiction sont licites et ne doivent pas connaître d'autres limites que celles énoncées par cette règle, à savoir que le litige ait un caractère international et qu'elles ne fassent pas échec à la compétence territoriale impérative¹⁰⁹ d'une juridiction française.

Comme en droit communautaire, l'exigence du caractère international du litige ne saurait résulter du seul choix par les parties d'un tribunal étranger, sous peine

souligner notre opposition à cette conception qui, naturellement, bat en brèche le principe de la licéité de la clause attributive de juridiction. La position doctrinale contemporaine considérant cette compétence *sui generis* nous semble fort plausible. Sur cette considération, voir Hélène Gaudemet-Tallon, « la compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ? » (1977) 1 Rev. crit. D.I.P. 44, 45.

¹⁰⁶ « Une législation trop restrictive constitue assurément un handicap pour la passation des contrats internationaux ». Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 50.

¹⁰⁷ Voir cependant la solution suggérée par Anne Sinay-Cytermann et Philippe Théry, consistant à l'application adaptée de cette règle aux exigences du commerce international. Anne Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse dactylographiée, Université Strasbourg III, 1980, n. 120; Philippe Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence (Étude de droit international privé)*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 1981, n. 605.

¹⁰⁸ *Sorelec*, *supra* note 45. À noter que dans cette affaire l'article 48 n'était pas invoqué par le demandeur et malgré cela, la Cour l'a invoqué pour trancher le litige.

¹⁰⁹ En droit international privé, la notion de compétence impérative doit être distinguée de la notion de compétence exclusive. Tandis que la première intervient au stade de l'appréciation de la compétence directe, la seconde s'apprécie au stade la compétence indirecte. Ainsi, la compétence impérative s'oppose à la compétence facultative et la compétence exclusive à celle qui est concurrente. Ces deux notions ne coïncident pas forcément; une règle de compétence peut être impérative et non exclusive ou

d'offrir la possibilité de contourner facilement la prohibition de l'article 48 N.C.P.C.¹¹⁰.

Quant aux cas de compétence territoriale impérative, ils ne sont pas limitativement énumérés, mais se rencontrent généralement en matière de statut personnel¹¹¹ ou d'action réelle immobilière¹¹². Dans les autres cas, la détermination de l'impérativité demeure critique et la question suivante se pose: l'applicabilité d'une loi de police française entraîne-t-elle corrélativement la compétence impérative des autorités françaises? Les règles de compétence internationale s'inspirent principalement des règles de compétence interne (principe de l'extension), mais force est de constater qu'elles remplissent des fonctions différentes. La transposition pure et simple de l'impérativité interne à l'ordre international, ne tient pas compte de la spécificité de la compétence internationale, ce qui nécessite son adaptation par « l'analyse des données propres aux rapports internationaux »¹¹³: « le droit positif semble autoriser la dérogation, même en présence de lois de police revendiquant leur application à l'espèce »¹¹⁴.

1.1.2.2 La validité de la clause d'attribution

Il nous semble opportun de mentionner brièvement les conditions de fond (a) et de forme (b) requises pour sa validité.

a) Conditions de fond

au contraire non impérative et exclusive. Voir Jacques Foyer, Dominique Holleaux et Géraud de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1986, n. 954.

¹¹⁰ Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 266. Voir le chapitre 1, sur cette question. En revanche, aucun lien préalable entre le litige et le tribunal désigné n'est requis.

¹¹¹ Lorsqu'elles sont fondées sur un critère territorial, comme c'est le cas de l'article 1070 N.C.P.C. en matière de divorce.

¹¹² Article 44 N.C.P.C.

¹¹³ Pierre Hébraud, obs. RTD civ. 1950, p. 96, cité par Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 88.

¹¹⁴ Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 267. [Note omise].

La clause d'élection de for doit faire l'objet d'une déclaration de volonté réciproque, et d'une acceptation de la partie à qui elle est opposée¹¹⁵. S'agissant de l'identification du tribunal compétent, le droit français se montre assez libéral en admettant la possibilité de désigner globalement les tribunaux d'un État, dès lors « que le droit interne de cet État permet de déterminer le tribunal spécialement compétent »¹¹⁶.

b) Conditions de forme

La validité formelle est déterminée par la règle de conflit alternative de droit commun, qui permet aux parties de suivre les formes de la loi du lieu ou l'acte est conclu ou de la loi qui régit l'acte au fond¹¹⁷.

Il faut en outre respecter l'exigence particulière énoncée à l'article 48 du N.C.P.C., qui impose que la clause « ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». La transposition de cette exigence en matière internationale est « parfaitement légitime » et se justifie par le souci de « protéger chaque partie contre une manœuvre possible de l'autre [...] et s'impose donc à toute clause qui crée ou, au contraire, supprime la compétence des tribunaux français ».¹¹⁸

¹¹⁵ André Huet, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux » *Juriscasseur Droit international*, fasc. 581-41 au para. 38 et s.

¹¹⁶ *Sorelec*, *supra* note 45.

¹¹⁷ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 215. Voir aussi, Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 692.

¹¹⁸ *Ibid.* Il est unanimement admis que cette exigence doit être tempérée pour tenir compte des usages du commerce international. Voir par exemple Muir-Watt et Bureau, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 267; Jacquet *et al.*, *Ibid.* à la p. 692. À ce titre, Mrs. Mayer et Heuzé avancent que les solutions énoncées par l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* pourraient ainsi être considérées comme faisant partie du droit commun français. *Ibid.*

1.1.3 Le consommateur

Philippe Guez considère que le droit commun des conflits de juridictions n'a pas encore achevé son évolution, puisque la protection de la partie faible contre les accords d'élection de for s'avère parfois inutile¹¹⁹. En refusant la transposition de l'article 48 N.C.P.C. aux relations internationales et en élaborant une règle de compétence purement internationale tenant compte des spécificités du commerce international, la protection du consommateur n'est pas assurée lorsque le litige relève du droit commun des conflits de juridictions. Commentant l'arrêt phare *Sorelec*, Hélène Gaudemet-Tallon note que :

Aucune réserve n'est faite quant à la qualité des parties contractantes. Il peut donc s'agir soit de commerçants *stricto sensu* (c'était le cas en l'espèce, mais la Cour de Cassation garde sur ce point un silence éloquent), soit de professionnels, soit de simples consommateurs. L'argument parfois avancé en doctrine de la nécessaire protection du consommateur dans les contrats internationaux contre les clauses attributives de juridiction ne paraît pas avoir été retenu¹²⁰.

À quelques exceptions¹²¹, les consommateurs ne disposent pas des règles de compétence judiciaire protectrices, d'où l'opportunité d'appliquer la technique des clauses abusives.

En droit français, la sanction par le juge des clauses abusives est basée sur l'article L.132-1 du Code de la Consommation applicable à l'ordre international par le biais de l'article L.135-1 relatif au « conflit de lois relatives aux clauses abusives ». Selon cet article, les

¹¹⁹ Guez, *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 91.

¹²⁰ *Sorelec*, supra note 45 à la p. 543.

¹²¹ Voir par exemple l'article L.121-24 alinéa 2 du *Code de la consommation* relatif au démarchage.

Dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté.

Cependant, l'application de ce texte d'ordre public à la compétence judiciaire internationale, est discutable du fait que son domaine d'application concerne les conflits de lois et non pas les conflits de juridictions. On peut relever que « la majorité des auteurs contemporains rejettent [...] toute irruption de l'ordre public législatif dans la compétence juridictionnelle »¹²². L'invalidation des clauses attributives de juridiction ne peut survenir que de l'ordre public propre à la compétence judiciaire internationale. Il serait tentant de vérifier si le droit national français peut être considéré comme un élément de cette impérativité. Étant donné que la protection de la partie faible en matière de compétence répond à une préoccupation commune, tant dans l'ordre interne que dans les relations internationales, reste à vérifier si les clauses d'élection de for conclues avec des consommateurs correspondent à la définition de clauses abusives, - autrement dit de savoir si la législation relative à ces clauses s'applique à la compétence judiciaire. Les clauses sont dites abusives aux termes de l'article L.132.1 du Code de la Consommation¹²³ lorsqu'elles « ont pour objet ou effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des

¹²² Guez, *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 172 et les références citées. On retrouve ici un principe de base en droit international privé, l'indépendance réciproque des règles de compétence judiciaire et de compétence législative. Sur une application récente de ce principe en jurisprudence, voir Cass. civ 1^{re}., 22 oct. 2008, J.C.P. éd. G. 2008, II, 10187 (note Louis d'Avout). De même, la possibilité de qualifier la loi substantielle française de loi de police et de fonder une compétence impérative sur l'applicabilité de cette loi – application de l'article 9.2 de *Rome I* - est en outre rejetée du fait de l'existence d'une règle de conflit de lois spécifiquement protectrice du consommateur – art. 6 du *Règlement de Rome* – qui doit prévaloir sur l'article 9.2. Sur ce point, voir ci-dessous II, sur l'articulation entre le dispositif protecteur et les lois de police.

¹²³ Modifié par la *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, JO, 5 août 2008, 12471.

parties au contrat »¹²⁴. Les clauses abusives sont cataloguées en une liste noire et une liste grise par décret¹²⁵, après avis de la Commission. Les clauses qui figure sur la liste noire sont présumées irréfragablement abusives, celles figurant sur la liste grise ne faisant l'objet que d'une présomption simple, la preuve du caractère non abusif pouvant être apportée¹²⁶. C'est à cette dernière catégorie qu'appartiennent les clauses attributives de juridiction. L'article R.132-2 du décret n. 97-298 présume abusives, au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L.132-1, les clauses ayant pour objet ou pour effet de

Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

L'utilisation de l'adverbe « notamment » implique que la disposition peut viser toutes les clauses relatives à l'action en justice du consommateur, y compris les clauses attributives de juridiction¹²⁷.

La politique législative derrière la prohibition des clauses abusives dans les contrats mixtes en droit interne est facilement transposable à l'ordre international, lorsqu'elles ont pour effet d'entraver l'accès à la justice du consommateur. À cet égard, on peut noter que « l'éloignement géographique de la juridiction désignée et les

¹²⁴ La lutte en droit interne contre les clauses abusives fait l'objet d'une législation avec la loi *Scrivener*. Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JO, 11 janvier 1978, 301. Elle fut introduite dans le Code de la consommation 1993 avec les articles L.132-1 à L.135-1 et L.421-6, puis modifiée légèrement en 1995 pour tenir compte de la directive communautaire sur les clauses abusives. CE, *Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, [1993] J. O. L 095, 29.

¹²⁵ Décret n° 97-298 du 27 mars 1997, JO 3 avril 1997, 5213.

¹²⁶ La loi a renversé le fardeau de la preuve du caractère abusif du consommateur au commerçant.

¹²⁷ Guez, *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 115.

coûts procéduraux risquent dans les faits de priver la partie économiquement faible de sa faculté d'agir en justice pour faire valoir ses droits »¹²⁸. La C.J.C.E. s'est prononcée dans le même sens en considérant que la clause attributive de juridiction « réunit tous les critères pour pouvoir être qualifiée d'abusive »¹²⁹. Elle ajoute que cette clause « entre dans la catégorie de celles ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur » au sens de l'annexe de la directive « clauses abusives »¹³⁰. Cette solution est envisageable au seul cas où la loi applicable au litige est celle d'un État de l'Union européenne. En revanche, si la *lex causae* est celle d'un pays tiers et que sa législation ne connaît pas de dispositions protectrices contre les clauses abusives, le salut pour le consommateur viendra de la théorie des lois de police. Malgré la faiblesse de cette technique qui nécessite une appréciation *in concreto* du caractère abusif de la clause par rapport au *Règlement de Bruxelles*, elle représente un remède aux lacunes du droit interne.

1.2 La clause d'arbitrage

L'arbitrage offre au regard de la justice de l'État¹³¹, les avantages supposés de la rapidité¹³², de la confidentialité¹³³ et de la flexibilité¹³⁴ du processus. En revanche,

¹²⁸ *Ibid.* à la p. 116. En ce sens Pataut, « Clauses attributives de juridiction », *supra* note 97 à la p. 807 considérant qu'un rapide calcul de cout de la part du consommateur qui doit plaider en un lieu tellement éloigné de chez lui, le conduit à oublier la perte subie du fait du non-respect par le professionnel de ses engagements.

¹²⁹ C.J.C.E. *Oceano Grupo*, C-240 à 244/98, [2000] Rec. C.E. I-4941, point 21. [*Oceano*]; Stéphanie Ramet « Protection des intérêts économiques des consommateurs. – Le droit des contrats » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2010, n° 68.

¹³⁰ *Oceano, Ibid.*, point 22.

¹³¹ Éric Loquin note que le phénomène de l'arbitrage a été perçu de manière différente selon les époques et les cultures; tantôt considéré comme un concurrent de la justice étatique, tantôt perçu comme un complément de celle-ci : « Arbitrage. Définition, nature juridique, distinctions avec d'autres institutions, avantages et inconvénients » *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1005, para. 97.

¹³² En raison de la suppression du double degré de juridiction, l'arbitrage est considéré comme un mode de règlement plus rapide que la justice de l'État, sauf en présence de cas pathologiques.

¹³³ Affranchi du principe de la publicité, l'arbitrage permet de préserver efficacement le secret des affaires.

¹³⁴ Il s'agit ici de l'absence de formalisme de procédure. L'article 1460 N.C.P.C. en est un bon exemple, laissant aux arbitres le soin « de régler la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les

Yves Guyon considère que l'arbitrage est « une justice de luxe, réservée aux plaideurs fortunés »¹³⁵, où un certain risque de partialité est décelé¹³⁶. La sentence arbitrale n'étant pas pourvue de la force exécutoire, le recours à la force publique est inévitable, ce qui est source de coûts et de délais supplémentaires¹³⁷. Quoiqu'il en soit, l'arbitrage est parfaitement adapté au commerce international et joue, selon Bernard Audit, un rôle de premier plan dans le règlement des ses litiges¹³⁸. Certes, la grande faveur dont jouit l'arbitrage international actuellement est due essentiellement à l'intérêt croissant manifesté par les États pour ce mode de règlement des litiges, d'où l'opportunité de présenter le principe de la validité de la clause compromissoire (1.2.1), ainsi que ses limites (1.2.2).

1.2.1 La validité et l'efficacité de la clause

Aux termes de l'article 1442 N.C.P.C., la clause compromissoire « est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ». Sa portée comme expression de la volonté des parties – la justice arbitrale étant préférée à la justice étatique – est beaucoup plus large que celle d'une clause attributive de juridiction ; elle tend à écarter la compétence des juridictions étatiques. Pour éviter les manœuvres dilatoires des plaideurs, en contestant par exemple la compétence du tribunal arbitral¹³⁹, les principes de l'autonomie de la clause compromissoire (1.2.1.2) et de la compétence-

règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage ». On ajoute parmi les avantages de l'arbitrage, la liberté accordée aux parties de choisir les arbitres parmi des personnes neutres et spécialistes dans la matière dont relève le litige.

¹³⁵ Yves Guyon, *L'arbitrage*, Paris, Economica, 1995, n° 8.

¹³⁶ Sur ce point, voir Loquin, « Fasc. 1005 », *supra* note 131 au para. 112.

¹³⁷ Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 264. Cependant, Éric Loquin voit que cet inconvénient est mineur puisqu'en droit français, la procédure d'exequatur est simple et rapide et ne porte pas atteinte à l'efficacité de l'arbitrage : *Ibid.*, para. 117. Sur la différence entre clause attributive de juridiction et clause compromissoire, voir. C.A. Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.* 1993. 617 (note Laurent Aynes).

¹³⁸ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 338.

¹³⁹ Emmanuel Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international » (1990) 4 *Rev. Arb.* 759 et s. spéc. p. 770.

compétence (1.2.1.3) concourent pratiquement au même but : assurer au régime juridique de la convention d'arbitrage international la plus grande efficacité. Mais pour bénéficier du régime libéral conçu pour l'arbitrage, l'exigence de l'internationalité du contrat s'impose d'abord (1.2.1.1).

1.2.1.1 L'internationalité

Selon l'article 1492 N.C.P.C « est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international ». L'internationalité de l'arbitrage ne résulte pas de l'arbitrage lui-même, ni de l'existence d'éléments d'extranéité comme la nationalité des parties ou des arbitres, leur résidence ou le lieu de conclusion du contrat, mais « de l'objet du litige et, plus précisément, de l'opération économique qui en est l'occasion »¹⁴⁰. L'application de cette règle par la jurisprudence a donné l'occasion de retenir la formule suivante, souvent reprise:

Le caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre. À cet égard, il suffit que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières; la nationalité des sociétés (des parties) en cause, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants¹⁴¹.

¹⁴⁰ Philippe Fouchard, « Arbitrage commercial international. Notion » *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1050, para105; voir aussi Pierre Bellet et Ernst Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », (1981) 70 *Rev. crit. D.I.P.* 616. Pour une solution différente, voir l'article 176 de la L.D.I.P. suisse stipulant que : « les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse ».

¹⁴¹ C.A. Paris, 5 avr. 1990, *Rev. Arb.* 1992, 110 (note Hervé Synvet), *Rev. crit. D.I.P.* 1991, 580 (note Catherine Kessedjian); C.A. Paris, 1^{er} juillet 1997, *Rev. Arb.* 1998, 131 (note Dominique Hascher); C.A. Paris, 29 mars 2001, *Rev. Arb.* 2001, 543 (note Dominique Bureau).

Cette définition « élastique et génératrice d'incertitudes »¹⁴² a été l'objet de sévères critiques¹⁴³ désamorçées par Philippe Fouchard, pour qui l'application d'un régime spécifique à l'arbitrage international tient à l'existence de besoins spécifiques qui ne découlent eux-mêmes que du caractère international de la « relation économique » en cause. « Il est donc logique de s'attacher à celui-ci pour définir le champ d'application de ces règles plus favorables »¹⁴⁴. L'adoption de l'approche économique pour définir l'arbitrage international n'exclut pas forcément l'approche dite « juridique », puisque « la jurisprudence procède souvent, de façon explicite ou implicite, à une application cumulative des critères économiques et juridiques [...] »¹⁴⁵. On a justement relevé que :

Le critère juridique doit servir à définir « l'internationalité formelle » du contrat dont la constatation - au regard des éléments d'extranéité de la situation - est nécessaire au jeu de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire à la faculté pour les parties de choisir la loi interne gouvernant leur contrat; le critère économique caractérise « l'internationalité substantielle » qui justifie que le contrat - parce qu'il met en jeu les intérêts du commerce international - soit soustrait aux mécanismes des conflits de lois pour obéir à des règles adaptées aux besoins du commerce international¹⁴⁶.

¹⁴² Bellet et Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », *supra* note 140 à la p. 615.

¹⁴³ Bertrand Ancel et Yves. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001 à la p. 213; Jean Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1993 à la p. 226; Vincent Heuzé, note sous Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Rev. crit. D.I.P.* 1998, 87 à la p. 90.

¹⁴⁴ Fouchard, « fasc. 1050 », *supra* note 140, para. 107. Une autre raison plus « technique » avancée par ce juriste, tient compte des inconvénients d'une définition purement juridique excluant des arbitrages internationaux, comme l'exemple opposant deux entreprises établies dans le même pays mais en relation d'affaires à propos d'une opération se déroulant à l'étranger.

¹⁴⁵ Marie-Laure Niboyet « Contrats internationaux. – Détermination du droit applicable. – Le principe d'autonomie (sa portée) » *JurisClasseur Civil Code*, fasc. 30, para. 32. [Notes omises].

¹⁴⁶ *Ibid.* Voir aussi Jean-Michel Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, n° 368 et s.; Eric Loquin, note sous C.A. Paris, 28 janvier 1988, *JDI* 1989. 1021.

1.2.1.2 L'autonomie de la clause d'arbitrage

Ce principe évoque deux acceptions différentes, communément confondues, qu'il convient de distinguer.

a) L'autonomie matérielle

Dans un premier sens, ou dans son acception « matérielle »¹⁴⁷, l'autonomie de la convention d'arbitrage s'entend « d'une autonomie par rapport à la convention que l'accord compromissaire a pour objet de soumettre à l'arbitrage »¹⁴⁸. La compétence de l'arbitre se trouve ainsi protégée contre toute allégation de nullité ou d'inexistence du contrat principal¹⁴⁹, en lui permettant précisément de statuer sur celle-ci¹⁵⁰. Selon la célèbre formule énoncée par l'arrêt *Gosset*¹⁵¹ en 1963 consacrant ce principe, il est dit « [qu'] en matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique ». Depuis, ce principe a été largement repris par une jurisprudence constante¹⁵², sans que la réserve de « circonstances exceptionnelles » ne soit maintenue¹⁵³. Il importe de

¹⁴⁷ Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 280.

¹⁴⁸ Emmanuel Gaillard, « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage – Autonomie et principe de validité » *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1054 au para. 5. Pour éviter toute confusion avec l'autre acception de ce principe, Pierre Mayer parle du principe de la « séparabilité de la clause compromissaire » qui signifie tout de même, « que le sort de la clause compromissaire n'est pas nécessairement lié à celui du contrat dans lequel elle est insérée » : « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence » (1989) 217 *R.C.A.D.I.* 430.

¹⁴⁹ « La suspension, la résolution, l'expiration, la résiliation, la novation du contrat n'entraîneront pas en principe celles de la clause ». Mayer, *Ibid.* à la p. 430.

¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1972, *Hecht*, *JDI* 1972. 843 (note Bruno Oppetit), *Rev. crit. D.I.P.* 1974. 82 (note Patrice Level). [*Hecht*]. Consacrant l'extension à l'inexistence, voir Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 2005, *JDI* 2006. 996 (note Francois-Xavier Train), *Rev. arb.* 2006.103 (note Jean-Baptiste Racine), *D.* 2006. 3060 (obs. Thomas Clay).

¹⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 1963, *Gosset*, *J.C.P.* éd. G. 1963. II. 13405 (note Berthold Goldman), *JDI* 1964. 82, 1^{re} esp. (note Jean-Denis Bredin), *Rev. crit. D.I.P.* 1963. 615 (note Henri Motulsky), *D.* 1963. 545 (note Jean Robert).

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Gaillard, « fasc. 1054 », *supra* note 148, para. 7. Voir aussi Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 338.

préciser que le principe d'autonomie de la clause compromissoire affirmé par cette règle matérielle du droit français, est largement reconnu à l'échelle mondiale : il constitue un principe général du droit de l'arbitrage international¹⁵⁴. Que cette reconnaissance soit codifiée comme c'est le cas avec la Belgique¹⁵⁵, les Pays-Bas¹⁵⁶, la Suisse¹⁵⁷ et l'Espagne¹⁵⁸, ou dégagée par la jurisprudence comme aux États-Unis¹⁵⁹, en Allemagne¹⁶⁰ ou au Japon¹⁶¹, le principe acquiert une légitimité évidente¹⁶².

b) L'autonomie juridique

Corollairement, l'admission du principe de l'autonomie de la clause compromissoire autorise qu'elle ne soit pas régie par des normes de même nature et de même origine que celles régissant la convention au fond. À ce stade, un choix doit être opéré entre le recours au mécanisme des règles de conflits ou à l'élaboration de règles matérielles plus adaptées aux spécificités de l'arbitrage international. Vu les difficultés soulevées par la méthode conflictuelle¹⁶³, l'appréciation des règles matérielles caractérise aujourd'hui la jurisprudence française, qui est constante depuis

¹⁵⁴ Voir en ce sens Gaillard, *Ibid.* au para. 8.

¹⁵⁵ *Code judiciaire belge*, 4 juillet 1972, art. 1697 aux par. 1-2.

¹⁵⁶ *Code de procédure civile néerlandaise* 1986, art. 1053.

¹⁵⁷ Suisse, *Loi suisse de droit international privé de 1987*, RS291, art. 178 au para. 3.

¹⁵⁸ *Loi n. 36 espagnole du 5 décembre 1988 sur l'arbitrage*, art. 8.

¹⁵⁹ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

¹⁶⁰ Landgericht de Hambourg, (1977), Y.B. Commercial Arbitration 1978, p. 274.

¹⁶¹ C. suprême, (1975), Y.B. Commercial Arbitration 1979, p. 115, spécialement p. 122. Pour une étude comparative de cette question, voir Adam Samuel, *Jurisdictional Problems in International Arbitration*, Zurich, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, 1989.

¹⁶² En ce sens, *Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international*, Doc. off. AGNU, 51^e sess., Doc. NU A/RES/51/1162 (1997) au para. 12, art. 16 au para. 1 : « une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

¹⁶³ Pour une analyse approfondie de cette question, voir Gaillard, « fasc. 1054 », *supra* note 148 au para. 34 et s; Jean-Pierre Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire » (1992) Trav. comité fr. D.I.P.

l'arrêt *Hecht* en 1972¹⁶⁴. Dans cette affaire, les tribunaux français ont écarté la logique conflictuelle et ont posé un principe de validité de la clause compromissoire en fonction de la seule volonté des parties, indépendamment de toute loi étatique¹⁶⁵.

C'est dans cette évolution jurisprudentielle qu'il convient de préciser la portée du second sens que comporte le principe d'autonomie. Ainsi entendu, l'autonomie de la clause compromissoire renferme une autonomie « juridique »¹⁶⁶, critiquée par d'éminents auteurs¹⁶⁷ en ce qu'elle pourrait s'associer à une nouvelle manifestation du contrat sans loi¹⁶⁸. Cette approche, qui apprécie l'existence et la validité de la clause d'arbitrage en termes de règles matérielles, est de nature « à rassurer sur son bien-fondé(e) »¹⁶⁹ si l'on examine sa portée réelle. La formule retenue par l'arrêt phare *Dalico*¹⁷⁰, aide à mieux saisir l'étendue du principe visé par la Cour de cassation qui a jugé que :

¹⁶⁴ Voir *supra* note 150.

¹⁶⁵ C.A. Paris, 19 juin 1970, J.C.P. éd. G, 1971, II. 16927 (obs. Berthold Goldman), JDI 1971, p. 833, (note Bruno Oppetit), Rev. crit. D.I.P. 1971, 692 (note Patrice Level), Rev. arb. 1972, 47 (note Philippe Fouchard).

¹⁶⁶ Jean-Pierre Ancel parle d'un « effet d'émancipation »: « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », dans *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000 à la p. 161, spéc. p. 164.

¹⁶⁷ Les réserves doctrinales tiennent en principe sur les impossibilités pratique et théorique de ne soumettre la validité d'un acte à aucune norme. Pierre Mayer par exemple, se demande si « [la] clause compromissoire n'est pas susceptible d'être nulle pour cause d'incapacité, de vice du consentement, de non-arbitrabilité, etc.? ». Il ajoute que « ce n'est pas sérieux »: « L'autonomie de l'arbitre international », *supra* note 148, n° 112. Dans le même sens, Hélène Gaudemet-Tallon relève « [qu'] un acte ne peut être "en principe valable" : il n'est valable que s'il remplit des conditions de forme et de fond posées par une norme logiquement première par rapport à cet acte ; ces conditions peuvent être peu sévères, elles ne sauraient être inexistantes » : note sous C.A. Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, Rev. arb. 1991. 469.

¹⁶⁸ Sur cette notion, voir Patrice Level, *Le contrat dit sans loi*, Trav. com. fr. dip. 1964-1966, p. 209; Jean-Paul Beraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?* dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005 à la p. 93.

¹⁶⁹ Gaillard, « fasc. 1054 », *supra* note 148 au para. 47.

¹⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Dalico*, Rev. crit. D.I.P. 1994. 663 (note Pierre Mayer), Rev. arb. 1994. 116 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1994. 432 (note Emmanuel Gaillard), JDI 1994. 690 (note Eric Loquin).

En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.

Pour Emmanuel Gaillard, cet arrêt distingue pour la première fois de façon nette, les deux aspects de l'autonomie de la clause compromissoire. L'analyse remarquable de cet auteur en vue de justifier cette tendance jurisprudentielle mérite d'être retenue. Il distingue entre deux séries de décisions rendues par la Cour d'appel de Paris : l'une employant de « formules malheureuses »¹⁷¹ voulant que « la clause compromissoire ait une validité et une efficacité propre »¹⁷², l'autre, plus nuancée, précisant que la clause compromissoire puise sa licéité d'une règle matérielle hors de toute référence à un système de conflits de lois, sous la seule réserve de l'ordre public international¹⁷³. Selon cet auteur, cette dernière conception est justifiée, son apport consistant à écarter l'appréciation de la validité des particularismes locaux en exigeant seulement le respect de l'ordre public international¹⁷⁴. La vérification aura lieu soit devant les juridictions étatiques chargées du contrôle de la sentence, soit devant les instances arbitrales en vertu du principe de « compétence-compétence ». « Il n'est donc pas question de contrat sans loi mais de contrat sans conflits de lois »¹⁷⁵.

¹⁷¹ On parle aussi d'un « glissement de la terminologie ». Voir Emmanuel Gaillard et John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Boston, Kluwer law international, 1999, n° 419 (version française).

¹⁷² C.A. Paris, 20 avr. 1988, *Rev. arb.* 1988. 570; C.A. Paris, 30 nov. 1988 et 14 févr. 1989, *Rev. arb.* 1989. 691 (note Pierre-Yves Tschanz); C.A. Paris, 28 nov. 1989, *Rev. arb.* 1990. 675 (note Pierre Mayer); C.A. Paris, 11 janv. 1990, *JDI* 1991. 141 (note Bernard Audit); *Rev. arb.* 1992. 95 (note Daniel Cohen).

¹⁷³ C.A. Paris, 17 déc. 1991, *Gatol*, *Rev. arb.* 1993, p. 281 (note Hervé Synvet); C.A. Paris, 8 mars 1990, *Ducler*, *Rev. arb.* 1990. 675, 2e esp. (note Pierre Mayer).

¹⁷⁴ Gaillard, « fasc. 1054 », *supra* note 148 au para. 53.

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 54.

1.2.1.3 Le principe de compétence-compétence

C'est le principe qui reconnaît aux arbitres compétence pour statuer sur leur propre compétence¹⁷⁶. La règle a pour objet d'empêcher les manœuvres dilatoires de l'une des parties, en alléguant par exemple un vice affectant la convention d'arbitrage dans le seul but de retarder le déroulement de l'arbitrage. En droit français, le principe est consacré, en matière d'arbitrage interne, par l'article 1466 N.C.P.C. selon lequel « si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité et les limites de son investiture »¹⁷⁷. Cet article reconnaît l'effet positif du principe, c'est-à-dire le droit pour l'arbitre de se prononcer sur sa compétence.

Consacré par l'article 1458 N.C.P.C., qui s'applique pour les arbitrages internes et internationaux¹⁷⁸, l'effet négatif du principe « consiste à réserver aux arbitres, non pas une compétence exclusive pour connaître de ces questions, mais la possibilité de se prononcer les premiers sur leur propre compétence »¹⁷⁹. Nous préférons, pour mieux apprécier cet effet négatif, parler de l'incompétence des tribunaux étatiques de se prononcer sur la validité de la clause compromissoire, tant que l'arbitre ne s'est pas lui-même déclaré incompétent. Les seules réserves introduites par le texte exigent

¹⁷⁶ Mesdames Bureau et Muir Watt définissent ce principe comme « une règle de priorité, qui permet à l'arbitre de statuer le premier sur sa propre compétence sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques » : *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 280. Il importe de préciser que cette priorité doit s'entendre dans un sens chronologique et non hiérarchique. Ce constat devient plus compréhensible en étudiant les effets de cette règle et précisément son effet négatif.

¹⁷⁷ Jugé apte à développer ses effets en matière d'arbitrage international, voir C.A. Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, Rev. arb. 1991 478 (note Laurence Idot). [*Ganz*]; C.A. Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, Rev. arb. 1993. 645 (note Charles Jarrosson), JDI 1993, p. 957 (note Laurence Idot). [*Labinal*]. « Les dispositions de l'article 1466 donnent pouvoir aux arbitres, non seulement de se prononcer sur un vice affectant directement la convention d'arbitrage, mais aussi d'apprécier l'existence même de cette convention ou de déterminer les parties auxquelles elle est applicable » : C.A. Paris, 28 fev. 2001, Rev. Arb. 2001. Somm. 236.

¹⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1989, *Eurodif c. République Islamique d'Iran*, Rev. arb. 1989, p. 653, 2^e arrêt (note Philippe Fouchard); C.A. Paris, 20 sept. 1995, Rev. arb. 1996, 87 (note Daniel Cohen); Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, Rev. arb. 2002. 919 (note Daniel Cohen).

que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi et que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle¹⁸⁰. L'application de cette règle par la jurisprudence a été l'occasion de préciser le moment auquel les juridictions étatiques doivent apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage¹⁸¹. Il a été jugé que :

Lorsque les juridictions françaises sont saisies d'une demande tendant à la désignation d'un arbitre sur le fondement d'une clause compromissoire dont l'existence ou la validité est contestée, elles s'abstiennent de connaître du fond du débat et ne portent, tout au plus, qu'une appréciation *prima facie* sur l'existence et la validité de la convention¹⁸².

Ainsi, si l'une des parties s'estime lésée par la décision du tribunal arbitral rejetant son objection d'incompétence, cette partie pourra faire valoir son allégation au soutien de son recours en annulation. Ce contrôle est, selon Gaillard, la contrepartie nécessaire du libéralisme qui peut s'exercer tout au cours du déroulement de l'arbitrage¹⁸³. Par conséquent, la véritable décision sur la compétence des arbitres dépend du juge de l'annulation¹⁸⁴, comme l'a rappelé la Cour de Cassation :

¹⁷⁹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 à la p. 420.

¹⁸⁰ Art. 1458, al. 2 N.C.P.C. jugé applicable en matière internationale, voir Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, Rev. arb. 2001. 529 (note Emmanuel Gaillard), RTD. Com. 2002. 49 (obs. Eric Loquin), Gaz. Pal. 12-13 dec. 2001. 26 (obs. Marie-Laure Niboyet). La jurisprudence ultérieure a ajouté à l'exception de « nullité manifeste » de la convention d'arbitrage, « l'inapplicabilité manifeste » de celle-ci. Voir Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, *supra* note 178. Sur une application récente de ce critère, voir Cass. civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, JDI 2005. 349 (note Olivier Cachard).

¹⁸¹ En droit comparé cette question est controversée, puisque la solution est majoritairement différente qu'en droit français. Pour une étude de droit comparé sur cette question, voir Emmanuel Gaillard, « Arbitrage Commercial International. – Convention d'arbitrage. – Effets. – Droit commun et droit conventionnel », JurisClasseur Procédure civile, fasc. 1062 au para. 53.

¹⁸² Cass. civ. 2^e, 18 juin 1986, 1^{re} esp., Rev. arb. 1986, p. 567 (note Gérard Couchez), J.C.P. éd. G. 1986. IV. 247; Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, JDI 1989. 1045 (note Bruno Oppetit), Rev. arb. 1989. 494 (note Gérard Couchez). Voir cependant la position critique de Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international », *supra* note 148 à la p. 346.

¹⁸³ Gaillard, « fasc. 1062 », *supra* note 181 au para. 64.

¹⁸⁴ Voir en ce sens, Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 762; Paul Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », dans *Le droit des relations économiques*

Aucune limitation n'est apportée au pouvoir (du juge étatique) de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices (de la sentence du fond); qu'en particulier il lui revient d'interpréter le contrat pour apprécier lui-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage¹⁸⁵.

Pour clore ce point, il importe de préciser un point important qui est source de confusion : la présentation du principe de compétence-compétence comme le corolaire du principe de l'autonomie de la clause compromissoire¹⁸⁶. S'il est vrai que l'autonomie supprime toute incidence sur la compétence de l'arbitre, et se recoupe en ce sens avec le principe de compétence-compétence, elle en diverge sous d'autres aspects. Si à titre d'exemple, l'arbitre constate l'inefficacité du contrat au fond, le principe de compétence-compétence ne peut justifier celui-ci reconnaître sa compétence. Une telle possibilité résulte exclusivement du principe de l'autonomie, en évitant l'extension de l'inefficacité à la convention d'arbitrage. En revanche, le principe de compétence-compétence ne peut justifier la compétence de l'arbitre, si les allégations de l'une des parties visent la convention elle-même. C'est une vertu propre de ce principe qui témoigne de la tendance libérale chez le législateur français, critiquée négativement par plusieurs auteurs¹⁸⁷. Cependant, un auteur observe à juste titre que le principe tend à ne pas « suspecter *a priori* les arbitres de ne pas être en mesure de parvenir eux-mêmes à une décision à la fois équitable et protectrice des intérêts de la société »¹⁸⁸. C'est la même conception qui prévaut en matière

internationales, Études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982 à la p. 147; Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international », *supra* note 148 à la p. 405.

¹⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, JDI 1987. 638 (note Berthold Goldman), Rev. arb. 1987. 469 (note Philippe Leboulanger).

¹⁸⁶ Voir par ex. C.A. Colmar, 29 nov. 1968, *Impex*, J.C.P. éd. G. 1970, II, 16246 (obs. Patrice Level et Bruno Oppetit), Rev. arb. 1968. 149.

¹⁸⁷ Voir, Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international », *supra* note 148; Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *supra* note 184; Jacques et al., *Droit du commerce international*, *supra* note 20.

¹⁸⁸ Gaillard, « fasc. 1062 », *supra* note 181 au para. 37.

d'arbitrabilité, confiant aux arbitres le soin d'appliquer les règles d'ordre public sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques.

1.2.2 L'arbitrabilité du litige

L'arbitrabilité est définie comme la possibilité qu'un litige soit soumis à l'arbitrage¹⁸⁹. La loi peut interdire ou restreindre l'accès à l'arbitrage, en particulier lorsque des considérations liées à l'intérêt général, voire à la protection de certains intérêts privés, imposent qu'un litige soit porté exclusivement devant des juridictions étatiques. De tels litiges sont non arbitrables ou encore inarbitrables¹⁹⁰. Avant d'examiner la validité de la clause compromissoire en matière de consommation (1.2.2.3), il convient de vérifier l'étendue du principe en droit interne français (1.2.2.1) et en droit international (1.2.2.2).

1.2.2.1 En droit interne français

En droit interne, les dispositions relatives à l'arbitrabilité des litiges ressortent des articles 2059 et 2060 du Code civil. L'article 2059 limitant l'objet de la convention d'arbitrage aux seuls droits disponibles, énonce que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». L'article 2060 interdit de compromettre sur certaines contestations en stipulant :

[Qu'] on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

¹⁸⁹ Luca Radicati Di Brozolo, « Arbitrage Commercial International et Lois de Police », (2005) 315 R.C.A.D.I. 269 à la p. 298.

¹⁹⁰ Eric Loquin, « Arbitrage. - Conventions d'arbitrage. - Conditions de fond. Litige arbitrable », JurisClasseur Procédure civile, fasc. 1024 au para. 1.

La question de l'arbitrabilité met en cause les liens étroits entre l'ordre public et la convention d'arbitrage¹⁹¹, ce qui rend son contour flou compte tenu du caractère imprécis de la notion d'ordre public¹⁹². À ce sujet le travail d'Eric Loquin est éclairant, en ce qu'il consiste à clarifier le rapport entre les articles 2059 et 2060 du Code civil. En fait, il considère que l'article 2060 fait état de blocs de matière non arbitrale, tandis que la prohibition de l'article 2059 est calquée sur la nature impérative de certains des droits litigieux qui relèvent de l'ordre public dit de protection¹⁹³. Les matières énumérées par l'article 2060 sont ainsi exclues du domaine de l'arbitrage globalement, et l'arbitre doit se dessaisir dès qu'il constate ce lien avec le litige. Il en est de même pour les autres litiges qui « intéressent l'ordre public » comme ceux relevant du droit pénal, du droit fiscal et du droit des procédures collectives¹⁹⁴. En revanche, l'exclusion de l'arbitrage résultant de l'article 2059 « est en raison de la méfiance traditionnelle envers la manière dont jugent les

¹⁹¹ Il y a lieu de distinguer cette question de celle concernant l'intervention de l'ordre public en raison du contenu de la sentence arbitrale. Ainsi, l'ordre public juridictionnel concernant la convention d'arbitrage – limites à la liberté de recourir à l'arbitrage pour certaines catégories de litiges qui relèvent de la compétence impérative des juridictions étatiques – ne coïncident pas forcément avec l'ordre public de fond. Voir Jean-Bernard Blaise, note sous Cass. com., 21 oct. 1981, Rev. arb. 1982, p. 265 et s. spécialement p. 279, cité par Loquin, *Ibid.* au para. 5; Voir aussi Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 764, ainsi que les références citées.

¹⁹² « L'arbitrabilité est une question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voir de contresens ». Charles Jarrosson, « L'arbitrabilité, présentation méthodologique » (1996) 1 R.J. com. 1.

¹⁹³ Pour une interprétation différente, voir Jarrosson, *Ibid.*, à la p. 3; Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 767. On a pu parler encore de deux situations où l'arbitrabilité du litige est mise en cause : non arbitrabilité subjective ou *ratione personae* lorsque le litige est lié à certaines personnes, et non arbitrabilité objective ou *ratione materiae* où c'est la matière soumise à l'arbitrage qui se trouve soustraite à ce mode de règlement de différend. Sur cette distinction, voir Emmanuel Gaillard, « Arbitrage commercial international. – Convention d'arbitrage. – Arbitrabilité », *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1058 au para. 1 et s.; Guillemard, *D.I.P. et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 77 et s. Nous rejetons cette distinction puisque notre lecture nous a démontré la confusion doctrinale qu'engendre cette construction en admettant parfois les mêmes catégories dans chacune des deux hypothèses.

¹⁹⁴ Il existe d'autres domaines où l'admission de l'arbitrage fait parfois défaut à cause des intérêts publics mis en cause. C'est le cas en matière du droit de la propriété industrielle, du droit de la concurrence et du droit des sociétés. Pour un développement sur ce sujet, voir Loquin, « fasc. 1024 », *supra* note 190 au para. 64 et s.

arbitres »¹⁹⁵, au regard de certains droits subjectifs garantis par une réglementation impérative. L'appréciation de ce caractère impératif nécessite un examen approfondi de la cause ce qui justifie la saisine de l'arbitre pour déclarer éventuellement son incompétence.

L'arbitrabilité des litiges du droit de la consommation, qui nous intéresse en particulier, est un exemple frappant de la précision de cette règle. En fait, la nullité de la clause compromissoire dans les contrats de consommation résulte de l'interprétation *a contrario* de l'article 2061¹⁹⁶, énonçant que « [s]ous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Par application de l'article 2059, le litige, une fois né, devient arbitral par voie de compromis puisqu'à cet instant « les droits du consommateur protégé par l'ordre public de protection sont devenus disponibles »¹⁹⁷.

1.2.2.2 En droit international

Cette brève présentation du régime interne de l'arbitrabilité est suffisante à nos yeux pour s'interroger sur les limites concevables pour l'arbitrage international. La question se pose de savoir si les solutions envisagées en droit interne, sont également valables pour l'ordre international. Pour faire état de cette question, il importe de tracer l'évolution jurisprudentielle en ce domaine. Emmanuel Gaillard observe que le

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 24.

¹⁹⁶ Modifié par la *Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, JO, 16 mai 2001, 7776. Avant la réforme cet article disposait que « la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ».

¹⁹⁷ Loquin, « fasc. 1024 », *supra* note 190 au para. 111. *Contra* Charles Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », (2001) I 333 J.C.P. éd. G. 1317. Il existe cependant une ambiguïté en l'état actuel du droit, concernant la sanction de la clause compromissoire pour les contrats de consommation en droit interne. Cette sanction, on le sait, peut résulter de l'article 2061 du Code civil ainsi que de l'article L. 132-1 du code de la consommation, étant donné que les modalités de la mise en œuvre de ces deux articles ne sont pas les mêmes. Malgré l'importance de cette question, nous évitons son traitement puisqu'elle déborde le cadre de notre étude. Sur ce sujet, voir Jean-Marc Mousseron, *Technique contractuelle*, 3^e édition, Paris, Lefebvre, 2005, n°1648.

souci du législateur de conserver son emprise sur le règlement de certains litiges de nature extrapatrimoniale est ressenti, tant en droit interne qu'en matière internationale¹⁹⁸. Pour les autres matières jugées « sensibles », il considère que la difficulté ne réside pas dans le principe de la non-arbitrabilité, mais dans la détermination de ses critères et son étendue, ainsi que dans les modalités selon lesquelles il doit être constaté¹⁹⁹.

L'histoire de l'évolution de la jurisprudence française en matière d'arbitrabilité, met en relief l'appréciation de ce principe sous trois aspects différents. D'abord, les matières « intéressant l'ordre public » ont été purement et simplement soustraites à l'arbitrage²⁰⁰. Il a ensuite été jugé que cette prohibition devait concerner uniquement les matières dans lesquelles l'ordre public était effectivement méconnu par les parties²⁰¹. Puis, la Cour d'appel franchit avec l'arrêt *Ganz*²⁰² une étape décisive vers un libéralisme accru statuant :

[Qu'] en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation²⁰³.

¹⁹⁸ « Il ne serait pas concevable que des arbitres prononcent un divorce ou statuent sur une recherche de paternité » : Gaillard, « fasc. 1058 », *supra* note 193 au para. 28.

¹⁹⁹ *Ibid.* au para. 28.

²⁰⁰ Voir C.A. Paris, 15 mai 1961, Rev. crit. D.I.P. 1961, p. 778 (note Ernst Mezger), JDI 1962. 140 (note Berthold Goldman).

²⁰¹ C.A. Paris, 22 janv. 1954, J.C.P. éd. G. 1955, II, 8566 (obs. Henri Motulsky), D. 1955. 335 (note Jean Robert); C.A. Paris, 9 janv. 1962, J.C.P. éd. G. 1962. II. 12488 (concl. Desangles), Rev. arb. 1962. 12.

²⁰² *Ganz*, *supra* note 177. Cette position a été peu après confirmée par l'arrêt *Labinal* rappelant que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ». *Ibid.*

²⁰³ *Ganz*, *ibid.*

Emmanuel Gaillard, commentant ces arrêts, invite à distinguer deux séries de matières : celles qui ne sont absolument pas arbitrables comme le divorce et la filiation et celles qui constituent des « matières sensibles » devenues arbitrables sous le contrôle de l'ordre public²⁰⁴. Les premières peuvent être portées devant les juges étatiques même si elles ont fait l'objet d'une convention d'arbitrage; il suffit que le juge constate la nullité manifeste à l'issue d'un examen *prima facie* pour retenir sa compétence. En revanche, les litiges qui relèvent de matières sensibles et ne font pas l'objet d'une non-arbitrabilité de principe, sont soumis à l'examen préalable des arbitres. Les principes de l'autonomie de la clause compromissoire et de compétence-compétence donneront plein effet à la sentence arbitrale, et ce, même si l'arbitre constate la nullité du contrat de fond ou de la convention d'arbitrage. Cette solution est-elle également valable pour les contrats de consommation transfrontière ? C'est à cette question que nous consacrons les développements qui suivent.

1.2.2.3 La validité de la clause en matière de consommation

La validité de la clause compromissoire dans les contrats conclus avec les consommateurs en matière d'arbitrage international, est expressément traitée par deux arrêts principaux : l'arrêt *Jaguar*²⁰⁵ et l'arrêt *Rado*²⁰⁶.

Dans l'affaire *Jaguar*, un consommateur français avait commandé une automobile de marque Jaguar auprès du constructeur britannique. Suite à une

²⁰⁴ Gaillard, « fasc. 1058 », *supra* note 193 au para 34. Sylvette Guillemard critique cette distinction en ce qu'elle ne rend pas facile la détermination des matières qui rentrent dans l'une ou l'autre des catégories, particulièrement la dernière: *D.I.P. et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p.78. On conçoit mal cette critique, puisque cette classification est l'œuvre de la jurisprudence même, et non celle de l'auteur. Les principes énoncés par les arrêts *Ganz/Labinal* sont formulés en termes de règles matérielles qui manquent de précision. Cependant, rien n'empêche la structuration de ces principes à travers la jurisprudence ultérieure.

²⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Jaguar*, Rev. arb. 1997. 537 (note Emmanuel Gaillard); Heuzé, *supra* note 143. [*Jaguar*].

²⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, D. 2004. Jur. 2458 (note Ibrahim Najjar), RTD com. 2004. 447 (obs. Eric Loquin), Rev. arb. 2005. 115 (note Xavier Boucobza). [*Rado*].

mésentente avec ce dernier, le consommateur s'est adressé au tribunal de grande instance de Paris pour faire annuler le contrat dans lequel figurait une clause compromissoire au profit d'un arbitrage à Londres. À l'encontre de l'argument du constructeur qui contestait la compétence du tribunal, le consommateur a soutenu la nullité de la clause en se fondant sur l'article 2061 du Code civil, alléguant que l'opération litigieuse était interne. Le jugement qui a fait droit à ce dernier argument fut infirmé le 7 décembre 1994 par la Cour d'appel²⁰⁷, au motif que le litige mettait en cause les intérêts du commerce international au sens de l'article 1492 N.C.P.C.²⁰⁸ :

Dans l'ordre international, la clause compromissoire est licite en tant que telle, en vertu du principe général d'autonomie de la convention d'arbitrage, règle matérielle qui lui assure une efficacité propre indépendamment de la loi applicable au contrat dans lequel elle est stipulée, ou des parties à ce contrat, sous la seule réserve de l'ordre public international²⁰⁹.

Sylvette Guillemard ajoute en commentaire :

Si le contrat entre Mr Meglio et la société britannique avait été conclu après le 1^{er} février 1995 (date de l'entrée en vigueur des articles L.132 et

²⁰⁷ C.A. Paris, 7 déc. 1994, Rev. arb. 1996. 67 (note Charles Jarrosson), RTD com. 1995. 401 (obs. Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin).

²⁰⁸ À noter que depuis l'arrêt *Hecht*, la jurisprudence n'impose plus l'exigence de commercialité pour la validité des clauses compromissoires dans les contrats mixtes. Voir encore C.A. Paris, 9 nov. 1984, JDI, 1986, 1039 (note Eric Loquin). Approuvant cette règle matérielle édictée par la jurisprudence, la France a depuis le 17 novembre 1989 levé la réserve de commercialité dont elle s'est prévalu lors de sa ratification à la Convention de New York : *J.O.* 23 fév. 1990. Voir sur ce point, Philippe Fouchard, « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », (1990) Rev. arb. 571. *Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 330, p.3.

²⁰⁹ *Supra* note 207. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette position énonçant que «[...] la Cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ». *Jaguar*, *supra* note 205.

L.135 du code de la consommation, transposant en droit interne français la directive sur les clauses abusives), la conclusion de la Cour de cassation aurait été certainement différente ²¹⁰.

L'arrêt *Rado* contredit cette affirmation. Dans les faits, une consommatrice domiciliée en France a accepté une offre de produits financiers faite par la société américaine *Painewebber*. La convention d'ouverture de compte rédigée en anglais, contenait une clause compromissaire prévoyant un arbitrage aux États-Unis sous l'égide de la *National Futures Association*. À la suite d'une action intentée par la consommatrice devant le tribunal de grande instance de Paris en vue de l'annulation de cette convention, le juge a retenu l'exception d'incompétence en raison de la clause compromissaire. La Cour d'appel a confirmé ce jugement du tribunal de la grande instance de Paris déclarant son incompétence²¹¹. De la même façon, la Cour de cassation constate le caractère international de l'opération litigieuse qui avait « eu pour effet un transfert de fonds entre la France et les États-Unis, peu important, dans ces conditions, que l'une des parties ne fût pas commerçante »²¹². La Haute juridiction estime que la cour d'appel :

En a exactement déduit qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissaire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en

²¹⁰ Guillemard, *D.I.P. et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 81.

²¹¹ « Quant à une éventuelle contrariété des clauses d'arbitrage contestées au regard des dispositions légales assurant la protection des consommateurs, que l'appréciation des limites et de la validité de l'investiture des arbitres relève au premier chef de la compétence de ceux-ci; qu'une juridiction étatique ne saurait en conséquence se substituer aux arbitres pour déterminer, avant même que le tribunal choisi par les parties ait pu émettre un point de vue sur cette question, si les clauses en cause présentent, ou non, un caractère abusif ». C.A. Paris, 2 avr. 2003, 28 jan. 2004, 28 avr. 2004, Rev. arb. 2005. 115 (note Xavier Boucobza).

²¹² *Rado*, *supra* note 206.

œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige²¹³.

L'arrêt *Rado* marque le maintien par la Cour de cassation de sa position en matière de reconnaissance de la validité de la clause compromissoire en matière internationale de consommation²¹⁴. Bien que l'arrêt invoque « l'indépendance » de la clause compromissoire comme fondement de sa décision, force est de constater que c'est le principe de l'autonomie qui y est visé. Encore, l'article 2061 du Code civil n'étant pas applicable aux relations internationales²¹⁵, le caractère abusif de la clause compromissoire ne représente pas une cause de « nullité manifeste » permettant aux consommateurs d'échapper à la compétence du tribunal arbitral²¹⁶ : le principe de compétence-compétence vient consolider la validité de la clause. En droit international, la validité de la clause compromissoire en matière des contrats conclus avec les consommateurs, ne fait plus de doute, malgré la réserve énoncée par une auteure²¹⁷.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Thomas Clay note cependant « [qu'] il semble assez sévère pour un particulier comme celui qui est en cause en l'espèce d'être ainsi distrait de son juge naturel pour connaître les délices de la procédure arbitrale Outre-Atlantique » : « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », (2005) D. 3051.

²¹⁵ Voir cependant la réponse ministérielle en faveur de l'application de l'article 2061 du Code civil au plan international. *JO Sénat* du 31 janvier 2002, p. 314; Rev. arb. 2002. 241 (obs. Philippe Fouchard), en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2001/qSEQ011035415.html> (visité le 22 juillet 2010).

²¹⁶ « Le caractère évident et incontestable d'une telle nullité ne se déduit pas de la discussion sur l'appréciation de la nature éventuellement abusive de la clause compromissoire litigieuse au regard des règles gouvernant la protection des consommateurs [...]; que la demande de saisine pour avis de la commission de clauses abusives est, en raison de ce qui précède, sans objet ». C.A. Paris, 28 avril 2004, Rev. arb. 2005. 115 (note Xavier Boucobza), cité par Rithy Chey, *L'arbitrage et le contrat de consommation : Le point sur l'état du droit*, mémoire en vue de l'obtention du grade de Master 2 Recherche – mention Droit européen et international des contrats, Université Lyon Lumière 2, 2006, [non publié], en ligne : www.memoireonline.com (visité le 23 janvier 2010).

²¹⁷ Le commentaire de Marie-Laure Niboyet formulé à l'occasion de l'arrêt *Jaguar* permet d'être généralisé. Elle souligne à juste titre qu'en « refusant d'établir un régime protecteur au profit des consommateurs par fidélité au principe de l'autonomie de l'accord compromissoire, la Cour de cassation n'a peut-être pas mesuré que cette jurisprudence, appliquée à des contrats de consommation plus modestes que celui de l'espèce tranchée, a pour conséquence de priver du droit d'accès à la justice

CHAPITRE II

LES FACTEURS DE RATTACHEMENT OBJECTIFS

Il arrive que les contractants restent muets et n'exercent pas leur liberté de choix en matière de rattachements juridictionnels. Subsidiairement, les facteurs de rattachement objectifs vont intervenir pour attribuer compétence aux tribunaux d'un État. Le *Règlement de Bruxelles* est constitué d'un ensemble de règles de compétence internationale en matière civile et commerciale qu'il n'est guère question de présenter dans le cadre de cette étude.

En principe²¹⁸, les juridictions d'un État membre sur le territoire duquel se trouve le domicile du défendeur sont internationalement compétentes²¹⁹. La règle

une catégorie de justiciables, ne serait-ce qu'en raison du coût d'une procédure arbitrale ». Marie-Laure Niboyet, « Contrats internationaux.- Détermination du droit applicable.- Le principe d'autonomie (sa signification) » JurisClasseur Droit international, fasc. 552-20 au para. 20. Sur les inconvénients liés au recours à l'arbitrage par les consommateurs au plan international, voir Chey, *ibid.* à la Partie 2, ch. 1, sect. 1.

²¹⁸ Puisque le texte réserve les dispositions contraires du *Règlement* lui-même.

²¹⁹ Cette règle est généralement qualifiée de règle de compétence générale signifiant qu'elle délègue à l'État du domicile du défendeur le soin de déterminer l'ordre juridictionnel compétent. Voir cependant la réserve de Jean-Paul Beraudo qui conteste ce qualificatif, « puisque [cette règle] ne désigne aucune juridiction apte à connaître d'un procès » : « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I. 1033 à la p. 1039. Toutefois, la distinction entre « règles de compétence générale » et « règles de compétence spéciale » est majeure, puisque ces dernières ne sont appelées à jouer que lorsque la compétence des tribunaux d'un État membre résulte préalablement d'une règle de compétence générale. Autrement dit, les règles de compétence spéciale ne suffiront pas en elles-mêmes à fonder la compétence d'un tribunal. Voir en ce sens, Loussouarn *et al.*, *Droit international privé*, *supra* note 7 à la p. 649.

actor sequitur forum rei est considérée dans les pays de tradition romaniste comme de droit naturel²²⁰. Ses justifications se fondent sur la présomption d'innocence du défendeur qui doit être protégé contre tout trouble causé par un procès lointain. Certes, ce principe connaît des limites fixées par le *Règlement de Bruxelles*²²¹, mais il ne saurait connaître d'autres, notamment les règles de compétence nationales exorbitantes qu'il répertorie²²² : les articles 14 et 15 du Code civil qui posent la nationalité française comme élément de rattachement pour attribuer compétence aux tribunaux français en sont un exemple²²³.

Dans deux situations, le *Règlement de Bruxelles* fonde la compétence générale des juridictions d'un État membre sur un chef de compétence autre que le domicile du défendeur : il s'agit des cas prévus aux articles 22 et 23, lesquels fondent une compétence exclusive. Pour l'un, le régime dérogatoire est conçu pour des « considérations prédominantes, tirées de la force d'attraction supérieure d'un autre for en raison de l'objet du litige »²²⁴. Pour l'autre, il s'agit de la compétence des juridictions d'un État membre fondée sur la volonté des parties. Le *Règlement de Bruxelles* pose des règles de compétence spéciale en raison des liens territoriaux entre l'affaire et le tribunal spécialement compétent²²⁵ ou en raison de la faiblesse présumée d'un des litigants²²⁶. Ces règles ont en commun des solutions dérogatoires à la règle *Actor sequitur forum rei* telle que consacrée par l'article 2. Elles présentent

²²⁰ Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 431.

²²¹ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 3.1.

²²² Voir l'article 3.2 renvoyant à l'annexe 1 du *Règlement de Bruxelles*.

²²³ L'article 14 du *Règlement de Bruxelles* attribue cette compétence lorsque le français est demandeur à l'instance et l'article 15 du *Règlement de Bruxelles* le permet lorsque le français est défendeur.

²²⁴ Comme par exemple en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles. Voir Loussouarn *et al.*, *Droit international privé*, supra note 7 à la p. 651.

²²⁵ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 5-6.

²²⁶ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 8-21. Il s'agit respectivement de l'assuré (art. 8 à 14), du consommateur (art. 15 a 17) et du salarié (art. 18 a 21).

des options de compétence complémentaire²²⁷ ne sont pas totalement indépendantes de l'emprise de cet article, puisqu'elles supposent préalablement la domiciliation du défendeur sur le territoire d'un État membre.

En matière contractuelle, le *Règlement de Bruxelles* traite différemment le cas où le litige oppose des professionnels de celui où les parties ne sont pas sur pied d'égalité. Outre la compétence générale résultant de l'article 2 du *Règlement de Bruxelles* et calquée sur le domicile du défendeur, c'est la règle de compétence spéciale en matière contractuelle qui nous intéresse (2.1.1). De même, le souci de protection de la partie faible fait l'objet d'une disposition particulière qu'il convient d'analyser (2.1.2).

2.1 Option de compétence en matière de contrats

2.1.1 La matière contractuelle

Qu'entend-on par « matière contractuelle » ? Cette notion non définie par le *Règlement de Bruxelles* est susceptible d'acceptions différentes vu la diversité des droits nationaux des États membres²²⁸. La meilleure solution pour y remédier consiste à formuler une définition autonome, indépendante du droit matériel applicable, ce que la C.J.C.E. a entrepris au cas par cas²²⁹. Dans l'affaire *Handte*²³⁰, elle précise que la

²²⁷ Le demandeur dispose d'une option entre le tribunal du domicile du défendeur et le tribunal désigné par l'une des règles de l'article 5.

²²⁸ Les interrogations formulées par Mmes Muir Watt et Bureau nous apparaissant stimulantes, il convient d'en reprendre quelques-unes : « [...] une demande qui tend à remettre en cause la validité d'un contrat est elle [...] contractuelle (sachant que la compétence se détermine par référence au lieu d'exécution d'une obligation qu'on prétend nulle) ? La responsabilité précontractuelle est-elle détachée du contrat ? Quid du transport bénévole, ou du rapport médecin-malade lorsque celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ? Un contentieux entre associés est-il contractuel ? Comment qualifier l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant, qui est contractuelle en droit français ? ». Pour d'autres questions débattues, voir *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 283.

²²⁹ Pour une illustration, voir Loussouarn *et al.*, *Droit international privé*, *supra* note 7 à la p. 658; Voir aussi Jean-Paul Beraudo, « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Règlement n. 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000. - compétence - règles ordinaires de compétence », *JurisClasseur Droit International*, fasc. 631-40 au para. 33 et s.

notion de « matière contractuelle » renferme la présence d'un « engagement librement assumé d'une partie envers une autre ». S'il ne peut être considéré que la C.J.C.E. fournit une véritable définition, elle donne néanmoins des indices discriminants pouvant guider les tribunaux nationaux. Cette démarche, qui prend en compte les objectifs et l'économie générale de la convention²³¹, tend à les réconcilier avec les spécificités de chaque litige.

2.1.2 L'obligation qui sert de base à la demande

Il est largement admis que l'article 5.1 instituant une compétence propre en matière contractuelle s'est révélé « l'échec principal » de la *Convention de Bruxelles*²³². Son principe, maintenu par le *Règlement de Bruxelles*, donne compétence au « tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »²³³. « Sous une apparence simple »²³⁴, la règle posée par l'article 5 de la *Convention de Bruxelles* obligeait à résoudre la question ardue de la détermination de l'obligation litigieuse (2.1.2.1) ainsi que de son lieu d'exécution (2.1.2.2).

²³⁰ C.J.C.E. *Soc. Jakob Handte*, C-26/91, [1992] Rec. C.E. I-3697 (motif n° 14), Rev. crit. D.I.P. 1992. 726 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1993. 169 (obs. Jean-Marc Bischoff).

²³¹ C.J.C.E. *Peters c. Zuid Nederlandse Aannemers verniging*, C-34/82, [1983] Rec. C.E. I-987, Rev. crit. D.I.P. 1983. 663 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1983. 834 (obs. André Huet); C.J.C.E. *Arcado c. Haviland*, C-9/87, [1988] Rec. C.E. I-1539, Rev. crit. D.I.P. 1988. 610 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1989. 453 (obs. André Huet), D. 1989. Som. 344 (obs. Bernard Audit).

²³² Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 435. Voir aussi Beraudo, « Le Règlement (CE) », supra note 219 à la p. 1041. Plusieurs auteurs ont même suggéré l'abrogation pure et simple de cet article, voir notamment Georges Droz, « Delendum est forum contractus ? » D. 1997, chron. p. 351; Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, supra note 23, n° 177; Alfred Von Overbeck, « Interprétation traditionnelle de l'article 5, point 1, des Conventions de Bruxelles et Lugano : le coup de grâce ? » dans Algeria Borrás, *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, supra note 66 à la p. 287 et s. Pour une étude d'ensemble des difficultés soulevées par cet article, voir Vincent Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5,1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 » (2000) 89 Rev. crit. D.I.P. 595.

²³³ Ainsi les solutions dégagées par la C.J.C.E. sous l'empire de la *Convention de Bruxelles* demeurent valables. Cette règle est fondée sur l'idée de « bonne administration de la justice » où le tribunal et le litige entretiennent des liens objectifs et significatifs.

²³⁴ Loussouam *et al.*, *Droit international privé*, supra note 7 à la p. 657.

2.1.2.1 La détermination de l'obligation

Suite à la controverse suscitée par la rédaction différente de cet article dans les versions linguistiques de la *Convention*²³⁵, l'arrêt *De Bloos*²³⁶ a précisé que l'obligation à prendre en considération était celle « qui sert de base à la demande ». Ainsi entendue, la disposition examinée n'institue pas un for du contrat, mais plutôt de la contestation particulière. Faudrait-il alors diviser le contentieux et par conséquent attribuer compétence à plusieurs juges ? C'est la réponse affirmative que donne l'arrêt *De Bloos*, invitant à distinguer entre « obligations contractuelles » et « obligations autonomes »²³⁷. Critiquée par plusieurs²³⁸, cette décision fut révisée par l'arrêt *Shenavai*²³⁹ invitant le juge national, en cas de pluralité d'obligations litigieuses, à suivre le principe selon lequel l'accessoire suit le principal. Saisie d'une affaire où des obligations équivalentes étaient en cause, la C.J.C.E. a considéré que :

Lorsque le litige porte sur plusieurs obligations équivalentes découlant d'un même contrat, le juge saisi ne saurait s'orienter, pour déterminer sa compétence, sur le principe dégagé par la Cour au point 19 de l'arrêt "*Shenavai*", précité, selon lequel l'accessoire suit le principal²⁴⁰.

²³⁵ Dans la version française le terme "obligation" était employé seul, au singulier laissant entendre la recherche d'une obligation unique ou caractéristique du contrat. Par contre, la version italienne employait les termes d'"*obbligazione dedotta in giudizio*" (l'obligation objet du procès), supposant éventuellement de multiples compétences fondées sur plusieurs obligations.

²³⁶ C.J.C.E. *De Bloos c. Bouyer*, C-14/76, [1976] Rec. C.E. I-1497, D. 1977. 618 (note Georges Droz), Rev. crit. D.I.P. 1977. 761 (note Dominique Holleaux et Pierre Gothot), JDI 1977. 719 (obs. Jean-Marc Bischoff). Cette précision fut intégrée à l'article 5.1 à l'occasion de la révision de 1978.

²³⁷ Il appartient au juge de « vérifier si, d'après le droit applicable au contrat, il s'agit d'une obligation contractuelle autonome ou d'une obligation remplaçant l'obligation contractuelle inexécutée ». *Ibid.* point n° 2.

²³⁸ Beraudo, « fasc. 631-40 », *supra* note 229 au para. 49: « Une telle distinction aggrave le risque de morcellement du procès alors que l'élément générateur des deux catégories d'obligations est très voisin »; voir aussi Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 436.

²³⁹ En d'autres termes, ce sera l'obligation principale, entre plusieurs obligations en cause, qui établira sa compétence. Voir C.J.C.E. *Shenavai c. Kreishe*, C-266/85, [1987] Rec. C.E. I-239 (point 19), JDI 1987. 465 (obs. André Huet), Rev. crit. D.I.P. 1987. 798 (note Georges Droz).

²⁴⁰ C.J.C.E. *Leathertex*, C-420/97, [1999] Rec. C.E. I-6747 (point 39), Rev. crit. D.I.P. 2000. 76 (note Héléne Gaudemet-Tallon). De même, il a été précisé que lorsque l'obligation consiste en une

Mais comment déterminer l'obligation principale ou même le caractère équivalent des obligations ? Il ressort des arrêts *Leathertex*²⁴¹ et *Groupe Concorde*²⁴² qu'il faut avoir recours à la règle de conflits de lois pour déterminer le droit national, lequel fournira à son tour la réponse.

2.1.2.2 Le lieu d'exécution de l'obligation

La même approche est adoptée pour ce qui est de la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse²⁴³. Aux termes de l'arrêt *Tessili*²⁴⁴ :

Il revient au juge saisi d'établir, en vertu de la convention, si le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée est localisé dans le domaine de sa compétence territoriale; qu'à cet effet, il doit déterminer, en vertu de ses propres règles de conflit, quelle est la loi applicable au rapport juridique en cause et définir, conformément à cette loi, le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle litigieuse.

Ce raisonnement « peu naturel »²⁴⁵ voulu par les arrêts *De Bloos* et *Tessili* a provoqué une rébellion de la Cour de cassation en donnant raison à la Cour d'appel d'avoir déterminé ce lieu en ayant recours au critère de l'effectivité²⁴⁶. Ainsi, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande serait défini « comme étant celui où la prestation avait été, ou devait être, effectivement fournie », compte tenu

obligation de ne pas faire ne comportant aucune limitation géographique, l'article 5.1 est inapplicable et il faut revenir à l'article 2. Voir C.J.C.E. *Besix*, C-256/00, [2002] Rec. C.E. I-1699, Rev. crit. D.I.P. 2002. 577 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² C.J.C.E. *GIE Groupe Concorde*, C-440/97, [1999] Rec. C.E. I-6307. [*Groupe Concorde*].

²⁴³ Il est possible que l'exécution de l'obligation ne soit pas localisable dans l'espace, comme dans l'exemple d'une obligation de respecter le contrat ou de l'exécuter de bonne foi, etc... Cette difficulté, qui ne se limite pas à la disposition particulière de l'article 5 de la *Convention de Bruxelles*, trouve un élément de réponse dans l'arrêt *Besix* susmentionné. *Supra* note 240.

²⁴⁴ C.J.C.E. *Sté Tessili c. Sté Dunlop*, C-12/76, [1976] Rec. C. E. I-1473 (point 13 *in fine*), Rev. crit. D.I.P. 1977. 751 (note Pierre Gothot et Dominique Holleaux), JDI 1977. 714 (obs. André Huet).

²⁴⁵ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 438.

²⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1997, Bull. civ. 1997. I. 55, n° 85; Rev. crit. D.I.P. 1997. 585 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

« du rapport d'obligations et des circonstances de l'espèce »²⁴⁷. La Cour de cassation a tenté sans succès par une question préjudicielle de faire revenir la C.J.C.E. sur sa jurisprudence, en consacrant la substitution du raisonnement conflictualiste par une localisation de fait. Son refus a été motivé par « les insuffisances, les dangers et l'inutilité de la solution nouvelle proposée à la Cour »²⁴⁸. Depuis, la Cour de cassation veille au respect par les juges du fond du raisonnement imposé²⁴⁹. Ce mécanisme a été réprouvé par une doctrine majoritaire, laquelle lui reproche « son excessive complexité et son caractère insuffisamment unificateur »²⁵⁰.

Soucieux de ces critiques, les rédacteurs du *Règlement de Bruxelles* ont remanié le texte de l'article 5.1, sans que la nouvelle version y mette fin. La règle de compétence spéciale a été maintenue dans un premier alinéa ou l'on en a ajouté un autre, qui stipule que :

Sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre ou, en vertu du contrat, les marchandises ont ou auraient du être livrées [et] pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre ou, en vertu du contrat, les services ont ou auraient du être fournis²⁵¹.

Ainsi, le *Règlement de Bruxelles* fixe pour deux types de contrats – choisis pour leur fréquence²⁵² – une définition matérielle qui a pour objet d'écartier l'approche analytique posée par les arrêts *De Bloos* et *Tessili*. Pour ces deux le principe du for de

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Beraudo, « fasc. 631-40 », *supra* note 229 au para. 59. *Groupe Concorde*, *supra* note 242 point 15.

²⁴⁹ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 438. Pour un commentaire de ces arrêts, voir Beraudo, « fasc. 631-40 », *Ibid.* aux para. 56 et 57.

²⁵⁰ Loussouarn *et al.*, *Droit international privé*, *supra* note 7 à la p. 661.

²⁵¹ *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 5.1.b.

²⁵² Sur cette affirmation, voir Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 439; Beraudo, « fasc. 631-40 », *supra* note 229 au para. 60.

l'obligation litigieuse repris dans le premier alinéa est implicitement renversé et remplacé par celui du for du lieu d'exécution de la prestation caractéristique²⁵³.

Comme l'attestent Mmes Muir Watt et Bureau, il y a là, à priori, une simplification importante du texte modifié²⁵⁴. Mais on ne peut qu'approuver Mr Loussouarn, pour qui l'interprétation en devient pour le moins « malaisée »²⁵⁵. En particulier, l'on ne saurait s'expliquer par quelle méthode il y a lieu de déterminer le lieu d'exécution, la doctrine étant partagée sur ce point.

D'aucuns pensent que le lieu d'exécution serait soit celui désigné expressément par le contrat soit à défaut le lieu prévu par la loi applicable au contrat - qu'il s'agisse du droit matériel uniforme ou du droit national désigné par la règle de conflit du juge saisi²⁵⁶. Ces auteurs, conscients des enjeux que cette acception provoque en privant la « simplification » voulue par le *Règlement de Bruxelles* de toute son utilité²⁵⁷, se fondent sur l'expression « en vertu du contrat » pour exclure le lieu d'exécution effectif.

Une interprétation différente coïncidant avec l'avis de la Commission des Communautés européennes²⁵⁸, réclame l'adoption par le *Règlement de Bruxelles* aux

²⁵³ Comme l'indique Bernard Audit, la mention de « l'obligation qui sert de base à la demande » est maladroite puisque, selon cet alinéa, la détermination du lieu d'exécution opérée vaut quel que soit l'objet de la demande. *Ibid.*

²⁵⁴ Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 291.

²⁵⁵ Loussouarn, *Droit international privé*, *supra* note 7 à la p. 662.

²⁵⁶ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 243; Loussouarn, *Ibid.*; Beraudo, « fasc. 631-40 », *supra* note 229 au para. 60. Cette interprétation a pour effet, à défaut de stipulation expresse du lieu d'exécution, un retour pur et simple à la règle de base posée par l'article 5.1.a de la *Convention de Bruxelles* et, par voie de conséquence, à l'approche analytique.

²⁵⁷ « Autant dire que bien des ventes de marchandises et des contrats de fournitures resteront soumis à la règle que l'on cherchait à cantonner et que le prix de la complication apportée par l'article 5-1.b) paraît bien cher eu égard à la minuscule avancée qu'il opère ». Loussouarn, *Ibid.*

²⁵⁸ « [...] afin de pallier les inconvénients du recours aux règles de droit international privé de l'État dont la juridiction est saisie (affaire *Tessili*), l'alinéa 2 désigne de façon autonome le lieu d'exécution de "l'obligation qui sert de base à la demande", dans deux hypothèses précises... Cette désignation pragmatique du lieu d'exécution, repos[e] sur un critère purement factuel [...] ». Exposé des motifs de

fins de l'article 5.1.b d'un critère « purement factuel », ce qui exclut la jurisprudence *Tessili* pour tout contrats visé par cet alinéa²⁵⁹. Pour ses partisans, en l'absence d'une clause contractuelle qui stipule expressément le lieu d'exécution, le juge doit se référer à l'économie générale de la relation contractuelle et aux circonstances de l'espèce²⁶⁰. L'on peut facilement reprocher à l'interprétation qui exige une telle clause, sa méconnaissance de l'objectif des compétences spéciales de l'article 5. Tel que souligné par le considérant n. 12 du préambule qui attribue compétence au for qui présente un lien étroit avec le litige, De même, elle a pour effet de rendre tributaire l'application de cet article à des stipulations rendues à valeur égale avec les clauses attributives de juridiction. Par voie de conséquence, les précautions prises par l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* pour garantir que de telles clauses ont été effectivement connues et acceptées par les parties, deviennent largement dérisoires²⁶¹. L'interprétation contraire ignore la portée littérale du texte de l'article 5 du *Règlement de Bruxelles*, lequel exige une clause expressément stipulée à cet égard (en vertu du contrat).

Tout en soulignant l'incohérence du style employé par les rédacteurs, nous sommes plutôt enclins à respecter l'esprit du texte, voulant écarter la solution

la proposition de la Commission de règlement (C.E.) du Conseil, Document « COM(1999)348 final », p. 14. [Note omise].

²⁵⁹ Nadine Watté, Arnaud Nuyts et Hakim Boularbah, « Le règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2002) 91 J.T. 165 et les références citées. Ces auteurs réservent à l'application de ce texte, la convention contraire des parties. À noter que l'avis de Mme Muir Watt qui figure parmi ceux soutenant cette position, semble quelques années plus tard plus nuancé, voire incertain. Voir Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 291.

²⁶⁰ André Huet, note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2001, JDI, 2001. 1121 à la p. 1129.

²⁶¹ Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 243. La C.J.C.E. consciente de ce risque, a jugé que « l'accord sur le lieu d'exécution, qui vise non pas à déterminer l'endroit où le débiteur devra exécuter effectivement la prestation qui lui incombe, mais exclusivement à établir un lieu de for déterminé, n'est pas régi par l'article 5, point 1, de la convention, mais par l'article 17 de celle-ci et n'est valide que lorsque les conditions y énoncées sont respectées ». *Rhénanes*, supra note 81.

analytique imposée par l'arrêt *Tessili* aux contrats de vente et de prestations de service²⁶². Ainsi, les préceptes de cet arrêt ne seront appliqués que :

- lorsque le point b désigne le tribunal d'un État tiers²⁶³.
- ou lorsque les parties ont elles-mêmes exclu l'application du point b²⁶⁴.
- ou bien lorsque le contrat ne relève ni d'une vente de marchandise ni d'une fourniture de services.

Sur ce dernier point, on peut hésiter sur la qualification de certains contrats : qu'en sera-t-il des contrats de concession ou de franchise ? Du crédit-bail (leasing) ? Quelle solution retenir en cas de contrat combinant une vente et une fourniture de services ?²⁶⁵ Bizarrement, la transformation de la *Convention de Bruxelles* en règlement réduit le champ des difficultés soulevées par l'article 5, tout en en créant de nouvelles.

2.2 La règle de compétence en matière de consommation

Vu sa position économique caractérisée par une faiblesse vis-à-vis du vendeur²⁶⁶, le consommateur appelle une protection contre le risque de devoir plaider devant un for

²⁶² Quoi qu'il en soit, seule une décision préjudicielle de la C.J.C.E. peut mettre fin à cette question débattue.

²⁶³ André Huet, *supra* note 260 à la p. 14. En ce sens, voir Beraudo, « fasc. 631-40 », *supra* note 229 au para. 60; Watté *et al.* « Le règlement « Bruxelles I », *supra* note 259 à la p. 165; Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 243.

²⁶⁴ C'est le sens qu'il faut donner, semble-t-il, à la réserve de la « convention contraire » figurant au début du point b. En ce sens, voir Heuzé, « De quelques infirmités » *supra* note 232, pp. 595 et s. spéc. 625; Alexis Mourre, « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires - La communautarisation de la coopération judiciaire en matière civile » (2001) 6 R.D.A.I. 770 à la p. 781, n° 26.

²⁶⁵ Sur l'ensemble de cette question, voir Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement N.44/2001, Convention de Bruxelles et de Lugano*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, n. 188.

²⁶⁶ Locution empruntée à la C.J.C.E. : *Sté Bertrand c. Sté Paul Ott.*, C-150/77, [1978] Rec. C.E. I-1431 (attendu n° 21), Rev. crit. D.I.P. 1979, p. 119 (note Ernst Mezger), J.C.P. éd. G. 1979, I-19051 (note Fernand-Charles Jeantet). [*Sté Bertrand*].

éloigné²⁶⁷. Cette protection est encadrée par les articles 15 à 17 du *Règlement de Bruxelles* dont la finalité s'exprime à trois niveaux : spécificité des règles de compétence²⁶⁸, limitation stricte des possibilités de dérogation conventionnelle²⁶⁹ et contrôle par le juge, au stade de la reconnaissance ou de l'exécution, de la bonne application des règles de compétence²⁷⁰.

Une conception stricte²⁷¹ de la notion du consommateur est retenue par le *Règlement de Bruxelles*²⁷², ainsi défini comme une personne qui contracte « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »²⁷³. Tout comme la *Convention de Bruxelles* dans sa rédaction de 1978, l'article 15 du *Règlement de Bruxelles* vise « la vente à tempérament d'objets mobiliers

²⁶⁷ Par souci de précision, nous rappelons le lecteur que cet exposé des règles de droit international privé est au service de l'objet de notre étude : leur adéquation quant aux contrats du commerce électronique. Ainsi, il ne faut pas entendre par cette présentation que seul le consommateur est protégé par le *Règlement de Bruxelles* à travers des dispositions particulières. Il en est de même pour le salarié et l'assuré. Pour une étude d'ensemble, voir par ex. Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 452 et s.

²⁶⁸ dérogeant à la compétence *Actor sequitur forum rei* (art. 2), sous réserve de l'article 4 (domiciliation du défendeur dans un État membre) et de l'article 5.5 (attribuant compétence au tribunal du lieu d'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement du défendeur domicilié dans un État membre). Aux fins des articles 15 et s., une personne non domiciliée dans un État membre est considérée comme telle, dès lors qu'elle y possède une succursale, une agence ou tout autre établissement (art. 15.2).

²⁶⁹ Des clauses moins favorables ne peuvent être conclues que postérieurement à la naissance du différend. Voir ci-dessus partie I, chap. I, sec. I. A.3.

²⁷⁰ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 35.1. Voir Jean-Paul Beraudo et Marie-Josèphe Beraudo, « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Règlement (C.E.) n. 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. – Compétences exclusives. – Compétences à raison de la matière » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 3010 au para. 60; Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 480.

²⁷¹ Dès lors qu'une personne agit dans le cadre d'activités professionnelles, peu importe qu'elle ne dispose pas de connaissances techniques dans le domaine où elle contracte. Récemment, il a été jugé que ne peut bénéficier de la protection des articles 13 à 15 de la *Convention de Bruxelles*, la personne qui a conclu un contrat ayant pour objet un usage pour partie professionnel, même si l'usage privé est prédominant. C.J.C.E. *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, C-464/01, [2005] Rec. C.E. I-439.

²⁷² La même définition se trouve dans l'article 6 (art. 5 de la *Convention de Rome*) du *Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome I*. CE, *Règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome I*, [2008] JO L 177-6. De même pour l'article 2 de la *Directive CE 93/13 du 5 avril 1993 sur les clauses abusives* [1993] JO L-095, p. 0029

²⁷³ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 15.1.

corporels »²⁷⁴ ainsi que « le prêt à tempérament ou autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets »²⁷⁵. Toutefois, il élargi considérablement ce champ d'application, pour couvrir « tous les autres cas » dans lesquels « le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ses activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans ces activités »²⁷⁶. À défaut, les règles générales du *Règlement de Bruxelles* sont appliquées²⁷⁷. La modification des conditions subordonnant la protection envisagée pour les consommateurs tient à l'évolution des techniques de commercialisation pour lesquelles les hypothèses énoncées par la *Convention de Bruxelles* étaient, pour le moins, incompatibles²⁷⁸. Le privilège de compétence, énoncé par l'article 16 du *Règlement de Bruxelles* se résume comme suit :

- lorsque le consommateur est défendeur, il ne peut être attiré que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel il est domicilié.
- Lorsqu'il est demandeur, il peut agir soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié sont cocontractant, soit devant le tribunal du lieu ou le consommateur est domicilié.

²⁷⁴ Définie par la C.J.C.E. comme « une transaction dans laquelle le prix s'acquitte en plusieurs versements » : *Sté Bertrand*, supra note 266 au point n° 20.

²⁷⁵ La définition couvre toutes « les opérations de financement dans lesquelles le paiement du prix n'est pas acquitté au comptant, à condition qu'elles soient liées à l'achat par le consommateur d'un objet mobilier corporel ». Beraudo, « fasc. 3010 », supra note 270 au para. 87. Les règles spécifiques s'appliquent à ce genre de contrats sans condition.

²⁷⁶ *Règlement de Bruxelles*, supra note 15, art. 15.1.c. L'article 13 de la *Convention de Bruxelles* accorde la protection pour les contrats « ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels » mais à double condition. Il faut que la conclusion du contrat soit précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et que le consommateur ait accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion du contrat. (*Convention de Bruxelles* art. 13, al. 1.3°, pts a et b). Ainsi, la *Convention* distinguait entre les consommateurs « passifs » ou « statiques » dignes de protection, par opposition aux consommateurs « actifs » ou « dynamiques » qui « franchissent la frontière par leur initiative » : Hélène Bureau, *Le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, 1999 à la p. 43.

²⁷⁷ Voir ci-dessus partie I, chap. II, sect. I.

²⁷⁸ Sur l'ensemble de cette question, voir ci-dessous partie 2, chap. II, sec. II.

Comme on l'a déjà vu, cette protection s'étend aux clauses attributives de juridiction, considérablement serrées et exclusivement admises dans des conditions plus favorables aux consommateurs²⁷⁹.

²⁷⁹ Voir ci-dessus, partie I, chap. I, sec. I A.3.

TITRE II

LES CONFLITS DE LOIS

L'unification des règles de compétence au sein de la Communauté européenne par l'effet de la *Convention de Bruxelles*, a fait ressentir très tôt la nécessité de remédier à la diversité des règles de conflit de lois²⁸⁰. C'est pour répondre à ce besoin que fut adoptée la *Convention de Rome* du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles²⁸¹. Entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, cette Convention avait fait

²⁸⁰ Il résultait des règles de compétence qui prévoyaient parfois des options de compétence entre les juridictions de deux États de la Communauté, un certain danger de forum shopping : « le plaideur à qui la *Convention de Bruxelles* donnait le choix entre les tribunaux de deux États contractants pouvait se décider en fonction de la loi qui serait respectivement appliquée dans l'un et l'autre ». Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 420.

²⁸¹ *Convention de Rome*, supra note 16.

l'objet d'application anticipée²⁸², ce qui montre à quel point elle répondait à une nécessité. Ce n'est cependant que par l'entrée en vigueur des deux protocoles du 19 décembre 1988 (89/128 et 89/129) au 1^{er} août 2004, que la C.J.C.E. s'est dotée de compétence pour se prononcer sur son interprétation²⁸³. Mais à la différence de ce qui est envisagé pour la *Convention de Bruxelles*, le recours préjudiciel en interprétation uniforme de la *Convention de Rome* est facultatif et non exclusif aux juridictions suprêmes. Cela s'explique par la crainte de voir les délais de procédure augmenter sensiblement du fait du recours préjudiciel, dissuadant les contractants étrangers à l'Union européenne de saisir ses tribunaux²⁸⁴. Cette dernière hypothèse est envisageable, puisque la *Convention de Rome* revêt un caractère universel : son texte s'applique quelle que soit la loi applicable au contrat, même si cette loi n'est pas celle d'un État de l'Union européenne²⁸⁵.

Se fondant sur l'article 65 CE²⁸⁶, la *Convention de Rome* a été transformée en règlement, dit *Règlement « Rome I »*²⁸⁷ applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. À l'instar de tout règlement communautaire, la C.J.C.E. reçoit de plein droit la compétence pour assurer l'interprétation uniforme du texte²⁸⁸, interprétation qui doit être cohérente avec le *Règlement de Bruxelles*²⁸⁹. Tout comme

²⁸² Voir sur ce point, Hélène Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome* du 19 juin 1980 et Règlement « Rome I » du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales » *JurisClasseur Europe traité*, fasc. 3200 au para. 18 et s.

²⁸³ Dominique Bureau, « Interprétation par la CJCE de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : la Belgique rapproche Rome de Luxembourg » (2004) 4 *RDC* 1057.

²⁸⁴ Gwendoline Lardeux, « Système juridique applicable aux contrats » *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 65 au para. 3.

²⁸⁵ *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 2.

²⁸⁶ *Traité instituant la Communauté européenne*, [2002] J.O. C 325.

²⁸⁷ *Règlement de Rome*, *supra* note 17.

²⁸⁸ Compétence qui repose sur l'article 68 CE instituant un régime spécial pour la C.J.C.E. pour se prononcer sur l'interprétation du titre IV du traité CE, dont relève le *Règlement de Rome*.

²⁸⁹ *Règlement de Rome*, *supra* note 17, considérant n. 7. L'objectif visé par ce considérant est d'une légitimité évidente puisqu'il tend à relier les solutions proposées en matière de conflit de juridiction à celles conçues en matière de conflit de lois. On ne se doutera guère que le tout constituera un ensemble structuré par l'application simultanée des « notions autonomes » telles que définies par la C.J.C.E.

la *Convention de Rome*, le caractère universel du *Règlement de Rome* est souligné par son article 2, se substituant ainsi, dans le domaine qu'il s'assigne, au droit international privé des États membres²⁹⁰. Le *Règlement de Rome* reprend pour l'essentiel les dispositions de la *Convention de Rome* avec quelques modifications et adjonctions²⁹¹. Le système dualiste adopté par le *Règlement de Rome* consacre une place primordiale au principe de la loi d'autonomie – faculté pour les parties de désigner la loi applicable au contrat – (Chapitre I), le recours à des facteurs subsidiaires de rattachement n'étant envisagé qu'en l'absence de choix (Chapitre II).

²⁹⁰ Nous suivons volontiers la précision terminologique de Mme Gaudemet-Tallon utilisant le terme « État contractant » pour la *Convention de Rome* et « État membre » pour ce qui est du *Règlement de Rome*. Voir Gwendoline Lardeux, *supra* note 284 au para. 27. Sur les matières exclues par les deux textes ainsi que pour leur rapport avec d'autres conventions internationales, voir *Ibid.* respectivement aux para. 49-64 et 84-87.

²⁹¹ Il est bien difficile d'évaluer la portée des nouvelles dispositions, l'expérience ayant démontré que les textes ne prennent leur véritable dimension qu'après qu'ils aient passé le test de la pratique et de la jurisprudence. Certes, notre appui sur la réflexion d'éminents auteurs à ce sujet est d'une utilité évidente.

CHAPITRE I

LA LOI D'AUTONOMIE

L'admission de ce principe subjectiviste remonte au XIX^e siècle où il suscita une réaction objectiviste fondée sur l'autorité des lois. Les conceptions actuelles opèrent une synthèse entre ces deux approches dont il convient de préciser l'étendue (Section 1) et les limites (Section 2).

1.1 L'étendue de la loi d'autonomie

Il nous semble opportun d'examiner l'évolution de ce principe (1.1.1) avant de s'attarder sur son application (1.1.2).

1.1.1 L'évolution du principe

La place prépondérante qu'occupe actuellement ce principe en matière de rattachement des contrats est le fruit d'une évolution significative. D'un rattachement objectif - lieu de conclusion - jugé inapte à remplir sa fonction dans un nouvel environnement marqué par la multiplication des contrats conclus entre absents, l'autonomie de la volonté fût le signe d'une nécessité.

La consécration de la philosophie juridique au XIX^e siècle exaltant la volonté²⁹², a eu pour effet un renversement dialectique : au lieu de justifier l'application de certains facteurs de rattachement par la « soumission volontaire » des parties à une loi²⁹³, on a admis son influence directe sur la question de la loi applicable. À défaut de volonté expresse, la thèse subjectiviste a réclamé la recherche de la volonté implicite des parties à l'aide des éléments objectifs du contrat comme le lieu de conclusion, le lieu d'exécution, la langue du contrat, etc. À défaut de volonté implicite, certains systèmes juridiques comme l'Allemagne, ont préconisé la recherche d'une volonté présumée ou hypothétique des parties²⁹⁴. Tant en doctrine qu'en jurisprudence, la volonté des parties a été reconnue comme le principe de rattachement du contrat à une loi²⁹⁵.

Dans une conception extrême de l'autonomie de la volonté, « on considère que la ou les lois choisies sont incorporées dans le contrat, le contrat existe par lui-même et n'a donc pas besoin du support d'une quelconque loi – ni par conséquent d'une

²⁹² Influence particulière de la philosophie Kantienne et de l'emprise du libéralisme économique. « Ce principe est, en effet, traditionnellement associé au triomphe d'une conception purement individualiste du droit, dans laquelle, toute obligation juridique serait fondée, en dernier ressort, sur la liberté supposée toujours égale des individus ». Mohamad Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », (2005) 315 R.C.A.D.I. 141 à la p. 153. Voir aussi, Patrick Attiyah, *The Rise and Fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1971. En outre, la loi d'autonomie constitue aujourd'hui un principe fondé sur les droits de l'homme. Voir à ce sujet, Erik Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne » (1995) 251 R.C.D.A.I. 147.

²⁹³ Même si l'on attribue généralement à Dumoulin l'œuvre de ce principe, Rochus Curtis était le premier à fonder la compétence de la loi du lieu de conclusion sur la notion de choix des parties, en affirmant que celles-ci ont implicitement consenti à l'application de cette loi. Voir Armand Lainé, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, Pichon, 1888-1892, t.2 à la p. 205.

²⁹⁴ C'est-à-dire « celle qu'elles auraient vraisemblablement eue si elles avaient envisagé la question du droit applicable ». Audit, *Droit international privé*, supra note 27 à la p. 150.

²⁹⁵ En France, l'arrêt de principe *American Trading* énonça en 1910 que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée ». Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, S. 1911. I. 129 (note Gérard Lyon-Caen).

règle de conflit qui la désigne – pour développer ses effets »²⁹⁶. Ainsi entendu, le principe du « contrat sans loi »²⁹⁷ présente les traits caractéristiques suivants :

- liberté des parties de s'affranchir des dispositions impératives de la loi choisie par les parties.
- liberté corrélatrice de procéder au dépeçage du contrat pour le soumettre, selon les points envisagés, à des lois différentes.
- gel des dispositions de la loi applicable au jour de la conclusion du contrat²⁹⁸.

Étant donné que le subjectivisme est susceptible de gradation et que l'idée qu'un contrat puisse exister « *in vacuo* » est unanimement condamnée, nous nous contentons pour clore ce point de mentionner le principe posé par la Cour de Cassation selon lequel « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »²⁹⁹.

La réaction objectiviste qu'a suscité le subjectivisme pur, dénonçait le rôle capital accordé à la volonté des parties dans la hiérarchie des sources, parvenant ainsi

²⁹⁶ Paul Lagarde, « préface » dans Vincent Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN, 1990 à la p. V. En d'autres termes et ainsi comprise « la faculté pour les parties « d'adopter » une loi consisterait à « contractualiser » celle-ci ou à « l'incorporer » dans le contrat, c'est-à-dire à lui conférer la même valeur que celle de n'importe quelle stipulation contractuelle ». Niboyet, « fasc. 552-20 », *supra* note 217 au para. 4. [Les soulignés figurent dans le texte original].

²⁹⁷ Sur cette notion voir Beraudo, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi? » *supra* note 168 à la p. 93; Léna Gannagé, « Le contrat sans loi en droit international privé » (2007) 11 E.J.C.L. 3. Ce principe est également désigné sous le vocable de l'« incorporation » Voir Henri Batiffol, « Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats » dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960 à la p. 39, ou encore « contractualisation ». Voir Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *supra* note 146 à la p. 27 et s.

²⁹⁸ Ces deux derniers points peuvent être néanmoins l'objet d'une position nuancée. Voir ci-dessous les dispositions du *Règlement de Rome*.

²⁹⁹ Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, Rev. crit. 1950. 609 (note Henri Batiffol), D. 1951.749 (note Joseph Hamel), S. 1952.1.1.

à l'emporter sur la loi³⁰⁰. Cette critique transpose au domaine des conflits de lois le raisonnement suivi en droit interne, selon lequel la force obligatoire de l'accord de volonté est tributaire de la loi qui lui donne cet effet³⁰¹. S'y ajoute la méconnaissance des préoccupations des États de sauvegarder certains intérêts par la voie des lois impératives³⁰². La critique objectiviste faisait aussi observer qu'en l'absence d'un choix explicite, la recherche de la volonté implicite des parties n'étant qu'un artifice, c'est à une localisation objective du contrat que se livre en réalité le juge³⁰³. L'approche objectiviste ne reconnaît à la volonté des parties qu'un rôle secondaire, encadré par les limites de l'espace de liberté reconnu par la loi « objectivement » applicable au contrat.

L'objection fondamentale avancée par les anti-autonomistes est facilement surmontée par voie d'interprétation. En soulignant d'une part que l'applicabilité de la loi d'autonomie ne dépend pas de la volonté des individus, mais de la règle de droit qui permet aux parties de désigner la loi à laquelle sera soumis le contrat, la

³⁰⁰ Parmi l'imposante littérature critique de cette époque, on cite Jules Aubry, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé » (1896) 23 *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* à la p. 465 et s., Eugene Audinet, *Principes élémentaires de droit international privé*, 2^e éd., Paris, Pedone, 1906 à la p. 278 et s., « Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onéreux » dans *Mélanges Antoine Pillet : reproduction de diverses études et notes de jurisprudence*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, t. I, p. 57-87; Marcel Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris, Sirey, 1927; Jean-Paulin Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté » (1927) 016 *R.C.A.D.I.* 1 et s.

³⁰¹ Voir en ce sens Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 151; Marie-Laure Niboyet, « Contrats internationaux.- Introduction.- Généralités. Sources. Historiques » fasc. 552-10 au para. 53.

³⁰² Bernard Audit signale que la thèse subjectiviste réservait l'hypothèse de fraude, mais sans s'expliquer sur sa conciliation avec le principe de liberté. Ainsi, il est facile d'envisager que « les parties à un contrat interne créent un rattachement étranger pour bénéficier de la liberté proclamée en matière de contrat international et ainsi soustraire l'opération à une loi impérative qui les gêne ». *Ibid.*

³⁰³ Force est donc de constater que la recherche par le juge dans un tel cas, à partir des éléments de la cause, d'une volonté présumée des parties, ne peut en effet que déboucher sur des solutions incertaines et arbitraires. Voir, Niboyet, fasc. 552-10, *supra* note 301 au para. 3.

suprématie intrinsèque de la loi sur la volonté des parties est affirmée³⁰⁴. Il est unanimement reconnu que le contrat international appelle une souplesse de régime particulière. Or, aligner la réglementation internationale de la loi d'autonomie sur celle envisagée par le droit interne, compromet la participation des États au commerce international par l'intermédiaire des opérateurs nationaux³⁰⁵. Reconnaître la spécificité du contrat international revient donc à respecter l'intérêt des États, préoccupation essentielle de la thèse objectiviste. Il convient de noter que la clause d'*electio juris* présente les mêmes avantages que la clause attributive de juridiction³⁰⁶ : simplicité, prévisibilité et neutralité³⁰⁷. Le champ de l'autonomie de la volonté est nécessairement soumis aux règles de droit international du for. Les règles impératives du droit interne ne sont donc aucunement éludées. L'admission en matière contractuelle du phénomène général qui tient compte des nécessités du commerce international, implique forcément un certain assouplissement des prohibitions du droit interne.

Comme le fait remarquer judicieusement Bernard Audit, « les conceptions objectivistes sont exactes en ce qu'elles mettent l'accent sur la considération à accorder aux lois impératives internes, et excessives en ce qu'elles méconnaissent la liberté particulière qu'appelle le régime du contrat international »³⁰⁸. Il ajoute que « le

³⁰⁴ « L'accord des parties peut désigner la loi qui régira le contrat, car il prend appui sur la règle du for qui valide le contrat de choix de la loi applicable - ou « clause d'*electio juris* ». Niboyet, fasc. 552-20 *supra* note 217 au para. 5. [Les soulignés figurent dans le texte original].

³⁰⁵ On a déjà relevé que le régime libéral conçu pour l'arbitrage international est justifié par les « intérêts du commerce international », alors que les règles matérielles de droit international privé sont formulées pour valider certaines prohibitions internes. Voir *supra*. Évidemment, la prise en considération accentuée des intérêts internationaux vaut davantage dans le contexte actuel de la globalisation des marchés.

³⁰⁶ Voir ci-dessus, partie I, chap. I, sec. I.

³⁰⁷ Elle évite d'élire une loi susceptible d'avantager l'une des parties par rapport à l'autre. Ce choix peut être motivé par la « technicité » dont jouissent certaines lois, comme par exemple la loi anglaise en matière de transport maritime.

³⁰⁸ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 152.

subjectivisme classique présente les mérites et les défauts inverses »³⁰⁹. La nécessité d'une position éclectique conciliant ces impératifs s'impose nettement. La théorie de la « localisation » élaborée par le doyen Battifol comble ce besoin³¹⁰. La conception essentielle de cet éminent auteur, repose sur l'idée de l'extension du principe de localisation aux situations où les contractants auraient manifesté expressément un choix de loi. L'objet de cette volonté ne saurait être de désigner la loi applicable, mais plutôt de localiser le contrat, même si ce choix est le plus souvent déterminant de la localisation du contrat. Cette conception unitaire et monolithique engendre une confusion sur le terme de localisation; s'il est vrai que dans le silence des parties, le juge procède à une localisation objective du contrat, force est de constater son caractère artificiel au cas opposé³¹¹. C'est ainsi que la jurisprudence française³¹² adopte une solution dualiste, faisant prévaloir la conception subjective ou la théorie de la localisation objective selon que les parties ont ou non désigné une loi³¹³. C'est cette solution qu'a consacré le droit conventionnel issu de la *Convention de Rome* et ensuite du *Règlement de Rome* qu'il convient maintenant de présenter³¹⁴.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ Henri Battifol, *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1938.

³¹¹ Notamment lorsque ce choix désigne une loi sans lien matériel avec l'opération en cause. Par application de cette théorie, la validité du choix est interprétée artificiellement par une « volonté-localisation » tandis que dans les faits, ce n'est qu'une « volonté-désignation ».

³¹² Il est indéniable que cette jurisprudence s'est inspirée de la thèse de Battifol. Voir par exemple Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1971, *Clunet*, 1972. 51 (note Philippe Khan) : « Attendu, relève la Cour, que les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable ».

³¹³ Voir Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1959, *Fourrures Renel*, *Rev. crit. D.I.P.* 1959. 708 (note Henri Battifol).

³¹⁴ Solution adoptée par la majorité des conventions internationales en matière de conflit de lois. Voir par exemple les conventions de La Haye : *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels* (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1964); *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation* (entrée en vigueur le 1^{er} mai 1992) et *Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandise* (non encore en vigueur et destinée à remplacer celle de 1955). Ces conventions sont disponibles en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=89 (visité le 4 juin 2010).

1.1.2 L'application du principe

Conformément au principe généralement admis dans le droit des États de l'Union européenne³¹⁵, l'article 3.1 du *Règlement de Rome* dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties »³¹⁶. Si la notion du « contrat de choix » ou encore de la « convention d'*electio juris* »³¹⁷ est ainsi consacrée, force est de constater que la thèse de la « contractualisation » de la loi du contrat est condamnée³¹⁸. Excluant ainsi les termes les plus radicaux des conceptions subjective et objective, c'est à un « subjectivisme modéré »³¹⁹ que le *Règlement de Rome* se rallie. Cette condamnation du « contrat sans loi » doit-elle être comprise comme écartant toute possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique ? Dans le cadre de la *Convention de Rome*, la réponse négative apportée par un commentateur³²⁰ précise que ce choix n'étant pas illicite, il revient à la loi

³¹⁵ Voir la recension effectuée par Mario Giuliano et Paul Lagarde, CE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [1980] J.O. C 282 p. 0001 – 0050, en ligne : http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_380Y1031_01.html (visité le 1 octobre 2010); « Pour l'essentiel, sur de nombreux points, notamment l'autonomie de volonté, la convention ne faisait que traduire les différents droits des États modernes » : Hugues Kenfack, « Le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigations ? » (2009) 1 JDI 5.

³¹⁶ Le considérant 11 rappelle que « la liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles ».

³¹⁷ La *Convention de Rome* ainsi que le *Règlement de Rome* considèrent le choix des parties comme un contrat distinct du contrat principal. Par renvoi aux articles 8, 9 et 11, l'article 3.5 du *Règlement de Rome* (3.4 de la *Convention de Rome*) désigne la loi choisie elle-même, pour régir la question concernant l'existence et la validité de la clause d'*electio juris*. La licéité de cette clause découle du système du *Règlement de Rome*, évitant la *regressio in infinitum* qui résulterait de la recherche de la loi applicable au « contrat de choix ». Voir spécialement, Jacques Foyer, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome » dans *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994 à la p. 169 et s.

³¹⁸ Paul Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1990 » (1991) 80 Rev. crit. D.I.P. 300; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 519; Loussouarn *et al.*, *Droit international privé*, *supra* note 7 à la p. 497; Hélène Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. - Détermination de la loi applicable. - Domaine de la loi applicable » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 3201 au para. 4.

³¹⁹ Terme emprunté à Mayer et Heuzé, *Ibid.* à la p. 516.

³²⁰ Lagarde, « Le nouveau droit international privé », *supra* note 318 à la p. 300.

objectivement applicable de définir la place qu'elle pourrait lui accorder. En d'autres termes, le choix des principes généraux du droit ou des usages du commerce international – ce qu'il est convenu de regrouper sous le terme de *lex mercatoria* – sous-tend leur application dans le contrat dans la limite autorisée par le droit étatique objectivement applicable.

La proposition de *Règlement de Rome*³²¹ innovait, en admettant que les parties pouvaient « également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel de contrats, reconnus au niveau international ou communautaire »³²². Conscients de « l'ambiguïté fondamentale d'une telle autorisation »³²³, les rédacteurs ajoutaient que

Les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement³²⁴.

³²¹ Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (*Rome I*), présentée par la Commission le 15 décembre 2005 : COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD) [*Proposition Rome I*]

³²² Selon l'exposé des motifs cette formulation autorisait « le choix des principes UNIDROIT, des *Principles of European Contract Law* ou d'un éventuel futur instrument communautaire optionnel, tout en interdisant le choix de la *lex mercatoria*, insuffisamment précise, ou de codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale ».

³²³ Stéphanie Francq, « Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles : De quelques changements » (2009) 1 JDI 41. « Indépendamment de la question théorique de la reconnaissance de la *lex mercatoria* comme ordre juridique, le caractère extrêmement fluctuant de la terminologie utilisée rend malaisée la détermination du « contenu » des différentes composantes de la *lex mercatoria* » : Marie-Laure Niboyet, fasc. 552-20, supra note 217 au para. 60. Voir aussi les interrogations critiques de Mmes Muir Watt et Bureau, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 304.

³²⁴ Reprenant ainsi textuellement l'article 7.2 de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, A/CONF. 97/18, Rev. crit. D.I.P. 1981. 383 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988).

Les lacunes de ces principes étant révélés, même par ses adeptes, c'est en faveur de l'abandon de cette possibilité que le *Règlement de Rome* se prononce³²⁵. Le considérant 13 énonce que « le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Ce qui est dit ici est moins important que le non-dit, l'interprétation *a contrario* de cette « disposition »³²⁶ supposant que « les parties n'auraient donc pas la faculté de choisir un droit non étatique autrement qu'en l'incorporant dans le contrat »³²⁷.

En arbitrage la situation est différente; « l'arbitre peut et doit à la fois respecter la volonté des parties »³²⁸. L'article 1496 N.C.P.C. stipule que « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ». L'arrêt *Fougerolle* de la Cour de Cassation³²⁹ illustre bien cette tendance :

³²⁵ Cette proposition a été accueillie différemment en doctrine, « les partisans de son maintien étant à peu près à égalité avec ceux qui souhaitaient sa disparition ». Hélène Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 5. Nous pensons que la résolution du *Règlement de Rome* sur ce point est largement influencée par la position critique du professeur Lagarde. Voir Paul Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) » (2006) 95 *Rev. crit. D.I.P.* 331, spéc. aux pp. 335, 336. [Remarques sur la proposition Rome I]

³²⁶ Bien que les considérants aient en principe une valeur plus explicative que normative, Sophie Lemaire parle d'une « normativité potentielle » attribuée à ceux du *Règlement* : « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I » (2008) 31 *Recueil Dalloz* 2157.

³²⁷ Kenfack, « Le Règlement (CE), un navire stable », *supra* note 315 à la p. 13. Mais la proposition faite par la Commission n'a été abandonnée qu'avec regret, puisque le considérant 14 réserve aux auteurs d'un éventuel instrument communautaire sur des règles matérielles de droit des contrats, la possibilité de prévoir son adoption par les parties au titre de la loi applicable à leur contrat.

³²⁸ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 521. L'hypothèse doit être nuancée puisque ces auteurs ajoutent qu'« en pratique il est rarissime que les parties excluent les droits étatiques au profit de la *lex mercatoria* ou d'un autre système de règles anationales. Elles préfèrent s'appuyer sur les règles complètes et faciles à connaître d'un droit étatique déterminé ».

³²⁹ Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1981, *Société Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, JDI 1982. 951 3^e esp. (note Bruno Oppetit). Voir aussi, CA Paris, 13 juillet 1989, *Valenciana*, JDI 1990. 430 (note

Attendu que l'arrêt relève exactement qu'en se référant aux « principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international », les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient, [...] de définir le droit applicable à l'accord conclu.

L'article 3.1 du *Règlement de Rome*, reprend la formule de la *Convention de Rome*, selon laquelle « le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Assimilant au choix exprès, un choix tacite ou implicite, les dispositions contractuelles permettent dans certaines hypothèses de révéler indirectement la volonté des parties de se soumettre à une loi donnée. Ainsi, il est considéré comme indice de choix :

- L'acceptation d'un contrat-type ou d'un contrat d'adhésion régit par un système juridique particulier, par exemple, une police d'assurance maritime de Lloyds³³⁰.
- Le fait qu'une seule des lois en présence valide une clause déterminée du contrat, ou l'ensemble de l'opération³³¹.
- La clause attributive de juridiction interprétée selon l'adage connu *qui elicit judicem edicit jus*.

Sur ce dernier point, on constate que la doctrine se divise sur la valeur probante qui puisse être accordée à cet indice³³². Encore une fois, la solution retenue par la

Berthold Goldman). Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1991, Rev. crit. D.I.P. 1992. 113 (note Bruno Oppetit); JDI 1992. 177 (note Berthold Goldman).

³³⁰ Giuliano et Lagarde, *supra* note 315.

³³¹ D'aucuns pensent que cette hypothèse peut faire présumer que les parties ont entendu choisir cette loi, « surtout si les circonstances de la conclusion montrent qu'elles connaissent la teneur des divers lois en présence ». Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 530.

³³² Tandis que Mrs Mayer et Heuzé considèrent qu'« il serait excessif de dire qu'il suffit à caractériser, à lui seul, un « choix certain » de la loi du juge désigné », Bernard Audit estime que la clause attributive de juridiction « est volontiers interprétée comme manifestant le choix de la loi du pays correspondant ». Voir respectivement, *supra* note 10 et 27 à la p. 530 et 683.

proposition *Rome*³³³ a disparu du dispositif du *Règlement de Rome*³³⁴, ce qui reflète bien les tendances contradictoires à son sujet. La critique justifiée du professeur Lagarde semble trouver ici un écho :

Les parties qui prennent la peine de choisir un for savent normalement qu'elles auraient pu choisir aussi la loi applicable. Si elles ne l'ont pas fait, l'interprétation de volonté la plus vraisemblable est qu'elles s'en remettent au droit international privé de l'État dont relève le tribunal élu³³⁵.

Quant aux indices relatifs aux « circonstances de la cause », il est notamment tenu compte du contrat antérieur entre les parties contenant un choix exprès de la loi, sauf si les circonstances font apparaître un changement d'attitude entre elles. Quoi qu'il en soit, il est évident que dans toutes ces hypothèses de choix tacite, la recherche d'une volonté hypothétique ou présumée des parties est exclue³³⁶.

La possibilité de soumettre un contrat à des lois différentes – dépeçage – est admise par le *Règlement de Rome* qui autorise les parties à « désigner la loi

³³³ « Si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet État membre ». [Nos soulignés]. Ainsi, l'élection de for établit une présomption d'*electio juris*.

³³⁴ Le considérant 12 indique qu'« un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat, devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». Il ne s'agit désormais plus d'une présomption.

³³⁵ Lagarde, « Remarques sur la proposition Rome I », *supra* note 325 à la p. 335.

³³⁶ À ce sujet, le constat de Marie-Laure Niboyet est digne de remarque. Elle considère en fait qu'« il n'en demeure pas moins que des problèmes de frontière - entre les hypothèses où les parties ont choisi implicitement la loi du contrat et celles dans lesquelles il convient de procéder au rattachement objectif du contrat - ne pourront manquer de se poser et constituent un risque d'imprévisibilité des solutions » : fasc. 552-20 au para. 48. Voir aussi Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 10. Ce constat est d'autant vrai, qu'on trouve en jurisprudence une application erronée de ce principe. Voir par exemple l'arrêt récent de la Cour de Cassation condamnant une recherche implicite de la volonté des parties par la Cour d'appel au lieu de localiser objectivement le contrat, Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Rev. crit. D.I.P. 2006. 94 (note Paul Lagarde); dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, Bull. civ. I, n° 251 à la p. 200.

applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat »³³⁷. À suivre ce texte, la désignation de la loi applicable par les parties est limitée à une partie seulement du contrat, auquel cas l'autre partie relève des rattachements objectifs du Règlement de Rome³³⁸. La question se pose ici de savoir si les parties peuvent elles-mêmes pratiquer le dépeçage, autrement dit désigner des lois différentes applicables à divers éléments du contrat. La doctrine est dans l'ensemble favorable à cette solution, sous réserve du respect des règles impératives applicables et du maintien de la cohérence du contrat³³⁹. Partant, le dépeçage ne devrait être envisageable qu'au sujet d'éléments « objectivement détachables »³⁴⁰ du contrat, sans que cette possibilité conduise inexorablement à admettre le contrat sans loi³⁴¹.

L'article 3.2 du *Règlement de Rome* offre aux parties la possibilité d'effectuer un choix tardif ou de modifier le choix initial de la loi. Cette solution libérale paraît correspondre à « une exigence de cohérence »³⁴²; reconnaître le rôle créateur de la volonté des parties implique en corollaire l'admission d'exercer ce pouvoir en tout moment. Le même argument est avancé pour justifier l'autorisation d'effectuer des modifications au choix principal.

³³⁷ *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 3.1 *in fine*.

³³⁸ Voir ci-dessous, chapitre II.

³³⁹ Voir par exemple, Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 525; Paul Lagarde, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats » (1975) 43 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 649; Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 305; Loussouarn *et al.*, *Droit international privé*, *supra* note 7 à la p. 499; Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 685; Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 14. L'interrogation soulevée par Jacques Foyer mérite une réflexion: « [...] ne serait-il pas curieux qu'on permette éventuellement aux parties de choisir concurremment plusieurs lois pour régir le contrat alors qu'il leur serait interdit de confectionner un contrat sans loi? Il n'y a entre les deux hypothèses qu'une différence de degré qui devrait conduire à leur appliquer la même solution, soit interdire globalement toutes ces pratiques, soit les tolérer »: « L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles » (1976) 3 *JDI* 555 à la p. 598.

³⁴⁰ Mayer et Heuzé, *Ibid.*

³⁴¹ Niboyet, fasc. 552-20, *supra* note 217 au para. 56.

³⁴² Rapport Giuliano/Lagarde, *supra* note 315.

Toujours dans un sens d'affirmation de la loi d'autonomie, il n'est pas requis que la loi choisie par les parties présente un lien objectif avec le contrat. Le fondement de ce principe repose sur l'idée avancée par Rabel³⁴³, selon laquelle aucune des lois objectivement applicables à un contrat international n'a de vocation inéluctable; il faut admettre la possibilité de les écarter toutes au profit d'une loi tierce³⁴⁴. En vertu de l'adage *fraus omnia corrumpit*, il faut toutefois exiger que le choix ne soit pas entaché de fraude, permettant aux parties d'éluder les dispositions impératives de l'État auquel se rattache normalement le contrat³⁴⁵. C'est le rôle de l'article 3.3 qui permet, à côté du jeu des lois de police envisagé par le *Règlement de Rome*³⁴⁶, de déjouer toute tentative de la sorte.

1.2 Les limites à la loi d'autonomie

L'article 3.3 du *Règlement de Rome* indique que : « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». En deçà de son caractère limitatif, cette disposition apporte une clarification utile de l'exigence posée par l'article 1.1 du *Règlement de Rome*, nécessitant pour son application une « situation comportant un conflit de lois ». Un détour est donc nécessaire, et avant de discuter des limites conçues au principe de la loi d'autonomie (1.2.1), il convient de préciser la situation internationale envisagée par le texte (1.2.2).

³⁴³ Ernst Rabel, *The conflict of laws. Vol. 2: A comparative study: Foreign corporations: Torts: Contracts in general*, Ann Rabel, University of Michigan Law School, 1960 à la p. 427 et s.

³⁴⁴ Voir Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 522.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Voir ci-dessous, sec. II B.

1.2.1 L'internationalité du contrat

Il ressort de la lecture conjointe des articles 1.1 et 3.3 du *Règlement de Rome* que son application n'est pas réservée aux contrats « pluri-localisés », i.e. qui présentent des points de rattachements avec au moins deux systèmes juridiques, mais régit aussi les situations comportant un conflit de lois même si tous ses éléments sont localisés dans un seul pays. Le texte autorise « ce qui jusque-là était considéré comme inconcevable »³⁴⁷, soit de permettre aux parties de faire naître un conflit de lois dans un contrat purement interne, en le soumettant à une loi étrangère³⁴⁸. En d'autres termes, le contrat devient international par la grâce de la clause désignant un droit étranger, hypothèse contestée vigoureusement en matière de conflit de juridictions³⁴⁹. Par souci d'éviter que le choix des parties ne soit dicté par l'intention frauduleuse d'éluder les dispositions impératives du droit interne, l'idée de la loi d'autonomie a toujours été associée à celle de contrat objectivement international³⁵⁰. Or, la solution préconisée par la *Convention de Rome*, fidèlement reproduite par le *Règlement de Rome*, est selon ses rapporteurs « le résultat d'un compromis »³⁵¹, dévoilant les

³⁴⁷ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 518.

³⁴⁸ Cette interprétation fait l'unanimité en doctrine. Voir par exemple, Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 680; Marie-Laure Niboyet, « Contrats internationaux.- Détermination du droit applicable.- Le principe d'autonomie (sa portée) » *JurisClasseur Droit international*, fasc. 552-30, para. 29; Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 20. L'opinion isolée soutenue par Philippe Guez, objectant que le texte est calqué sur une internationalité subjective, se fonde sur le fait que le contrat « mono-localisé » au sens de l'article 3.3 de la *Convention de Rome* est nécessairement objectivement international. Pour sortir de ce paradoxe – mono-localisé et objectivement international – l'auteur évoque brillamment la définition économique du contrat international : un contrat « mono-localisé » peut être international s'il met en jeu les intérêts du commerce international. « En conséquence, seuls les contrats « monolocalisés » susceptibles d'être qualifiés de contrat international pourront comporter une clause d'*electio juris*, l'article 3.3 de la *Convention de Rome* signifiant uniquement que la notion d'internationalité est susceptible de degrés ». Guez, *L'élection de for*, *supra* note 29 à la p. 73. Cette interprétation restrictive de l'article 3.3 dévoile chez cet auteur des tendances anti-autonomistes qui s'observent tout au long de sa thèse. Ce raisonnement, qui est d'une véritable éloquence, témoigne certes de son talent, mais manque en clarté.

³⁴⁹ Sur l'incertitude qui plane à ce niveau, mettant en opposition l'internationalité objective et l'internationalité subjective, voir ci-dessus I.1.1.

³⁵⁰ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 517.

³⁵¹ Rapport Giuliano/Lagarde, *supra* note 315.

inconvenients d'un tel correctif³⁵². Ainsi, il n'y a pas lieu de craindre les manœuvres frauduleuses des parties, puisque les dispositions impératives du système juridique auquel le contrat se rattache exclusivement sont applicables.

1.2.2 Les dispositions impératives

Il convient d'entrée de jeu de préciser ce qu'il faut entendre par « dispositions impératives ». À cet égard, l'analyse présentée par Mrs Mayer et Heuzé est d'une importance capitale, s'inscrivant en harmonie avec le mécanisme général du *Règlement de Rome*³⁵³. L'idée principale de leur argumentation repose sur la distinction effectuée en 1957 par Karl Neumayer entre « dispositions simplement impératives » et « dispositions internationalement impératives »³⁵⁴. Bien que la logique qui sous-tend cette distinction soit largement identique à celle qui prévaut en matière de règles de droit international privé matérielles³⁵⁵, elle présente des caractéristiques propres qu'il nous semble opportun d'introduire.

Les « dispositions simplement impératives », de pur intérêt privé, ne sont impératives qu'« à l'intérieur d'un ordre juridique déterminé supposé globalement applicable au contrat »³⁵⁶. Elles opèrent à deux niveaux : régime spécial pour la protection des parties réputées faibles, et clé de voûte d'un mécanisme contractuel voulu par le législateur comme un ensemble indissociable. Si ce système est imposé aux contrats purement internes, il n'est que proposé en tant que modèle global pour

³⁵² Voir les arguments avancés par les experts britanniques pour justifier l'adoption de l'internationalité subjective par la *Convention de Rome*. *Ibid.*

³⁵³ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 516.

³⁵⁴ Karl H. Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations » (1957) 46 *Rev. crit. D.I.P.* 579.

³⁵⁵ Les spécificités du contrat international nécessitent parfois d'écarter la logique conflictuelle et de la substituer par des règles matérielles plus adaptées. Voir ci-dessus I.1.2.2. En somme, « dispositions internationalement impératives » et « règles de droit international privé matérielles » constituent le reflet des politiques législatives du for.

³⁵⁶ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 516.

les contrats internationaux. Son application au niveau international dépend du jeu de la règle de conflit, peu importe que la conception d'une autre loi prévaille³⁵⁷.

En revanche, les dispositions « internationalement impératives », communément appelées « lois de police » ou « lois d'application immédiate »³⁵⁸, se veulent applicables indépendamment de leur désignation par une règle de conflit. Selon une définition classique que l'on doit à Franceskakis, les lois de police sont celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »³⁵⁹. Le droit communautaire, s'inspirant largement de cette définition, précise qu'une loi de police est :

Une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement³⁶⁰.

Quelle que soit la définition retenue, elle implique substantiellement la présence d'un intérêt collectif qui fait cesser, selon Mrs Mayer et Heuzé, l'attitude habituelle d'indifférence de l'État à l'égard de l'application de sa propre loi:

³⁵⁷ Pourvu que la loi choisie soit à titre sérieux, il n'y a pas lieu de craindre un déséquilibre structurel, puisque toute loi comporte forcément des dispositions impératives. « La loi applicable au contrat comprend en effet toutes les règles du système juridique désigné, y compris ses lois d'application immédiate ». Marie-Laure Niboyet, *JurisClasseur Droit international « Contrats internationaux. - Détermination du droit applicable. - Principes concurrents du principe d'autonomie »* fasc. 552-40 au para. 47.

³⁵⁸ Il est possible de distinguer ces deux termes, en considérant que les lois d'application immédiate désignent un mécanisme, « susceptible de s'appliquer à n'importe quelle disposition que l'on juge à propos d'appliquer indépendamment d'une règle de conflit », tandis que les lois de police se réfèrent plutôt à un contenu. Voir Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 103. [Note omise]. Pour une présentation méthodologique générale, ainsi que sur la synonymie de ces termes, voir Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1, Paris, Presses universitaires de France, 2007, n° 552 et s.

³⁵⁹ Phocion Franceskakis, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? » dans *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1966-1969, p.150, spec. p. 165. Elle est reprise par C.J.C.E. *Arblade*, C-369/96 et 374/96, [1999] Rec. C.E. I-8453.

³⁶⁰ *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art 9.

Tandis que les dispositions simplement impératives ne manifestent leur impérativité que si le système auquel elles appartiennent se trouve être compétent, les lois de police sont impératives dans l'absolu, au point de motiver par elles-mêmes leur compétence³⁶¹.

Le rapprochement des articles 3.3 et 9 du *Règlement de Rome*, illustre parfaitement cette distinction. Qu'il s'agisse de lois de polices du for³⁶² ou de lois de police étrangères³⁶³, nous sommes en présence d'un « ensemble de règles, dont l'impérativité en droit interne est appelée à se prolonger au niveau des relations internationales »³⁶⁴. Cela étant, la loi d'autonomie connaît en vertu du *Règlement de Rome* deux sortes de limites : respect des dispositions impératives qui présentent ce caractère en droit interne au titre de l'article 3.3 et respect des dispositions « internationalement impératives » ou des « lois de police » au sens de l'article 9³⁶⁵.

³⁶¹ Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, supra note 10 à la p.517.

³⁶² « Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ». *Règlement de Rome*, supra note 17, art. 9.2. Dans le même sens, *Convention de Rome*, supra note 16, art. 7.2.

³⁶³ « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». *Règlement de Rome*, supra note 17, art. 9.3. Pour obtenir l'accord des deux grandes traditions juridiques (Royaume-Uni et Allemagne) qui avaient fait la réserve de l'article 7.1 de la *Convention de Rome*, ce texte de compromis réduit sensiblement la portée des lois de police étrangères. Sur l'analyse de cette nouvelle disposition, voir Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, supra note 318 au para. 98. Sur les raisons de rejet de l'ancien article 7.1, voir Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 319.

³⁶⁴ Jean-Michel Jacquet, « Fonction supranationale de la règle de conflit de lois » (2001) 292 R.C.A.D.I. 208. Pour une critique radicale de la notion de lois de police, voir Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, supra note 296 à la p. 179. Loin de nous rallier à cette remise en cause, il nous faut admettre que la notion présente un inconvénient majeur pour la prévisibilité des solutions en droit international privé : problème d'identification des dispositions internationalement impératives et difficulté de reconnaître leur volonté d'application à un contrat donné. Sur ce sujet, voir Bureau et Muir Watt, *Ibid.* à la p. 314.

³⁶⁵ Une doctrine contraire soutient que les dispositions impératives prévues à l'article 3.3 de la *Convention de Rome* sont envisagées au sens de l'article 7 de la *Convention de Rome* (article 9 du *Règlement*), i.e. en tant que lois de police. Voir Guez, *L'élection de for*, supra note 29 à la p. 73. Cette interprétation contestée, prive de tout effet l'utilité de l'article 3.3 de la *Convention de Rome*, puisque les lois de police sont toujours applicables en vertu de l'article 7. Le législateur communautaire tranche

L'un des apports du *Règlement de Rome* est d'étendre le système prévu par l'article 3.3 à l'espace communautaire. Ainsi, l'article 3.4 dispose que :

Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for.

Cet article reprend le mécanisme déjà consacré par plusieurs directives, notamment en matière de protection des consommateurs³⁶⁶. La formulation finalement retenue par le *Règlement de Rome* est accueillie favorablement en doctrine relativement à celle qui fut proposée par la Commission en 2005³⁶⁷, imposant le respect des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles se veulent applicables³⁶⁸. Comme le fait remarquer judicieusement Paul Lagarde, la formulation « excessive » de la proposition revient à ériger toute disposition simplement impérative en une loi de police dès lors qu'elle serait objectivement applicable³⁶⁹. La

expressément cette question, en consacrant cette distinction. Cherchant à cantonner le domaine des lois de police, il précise que « des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive ». *Règlement de Rome*, *supra* note 17 au considérant 9.2.

³⁶⁶ Voir par exemple l'article 6.2 de la *Directive sur les clauses abusives*, *supra* note 124; CE, *Directive 99/44/CE du Parlement et du Conseil, du 5 avril 1993, sur certains aspects de la vente et les garanties de biens de consommation*, [1999] J. O. L 171, 12, art. 7.2. Sur le rapport ambigu entre la règle de conflit spéciale de cette directive et l'article 6 du *Règlement de Rome*, voir ci-dessous, chap. II, sec. II A2.

³⁶⁷ Voir par exemple Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 21; Sabine Corneloup, « La loi applicable aux obligations contractuelles. - Transformation de la *Convention de Rome* en règlement communautaire « Rome I » » (2008) 44 J.C.P. éd. G. 320 au para. 12.

³⁶⁸ « Le choix par les parties de la loi d'un État non membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire, lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce ». *Proposition Rome I*, *supra* note 321, art. 3.5.

³⁶⁹ Lagarde, « Remarques sur la proposition Rome I », *supra* note 325 à la p. 337.

critique de cette attitude « immature »³⁷⁰ à l'égard du droit des pays tiers, a entraîné le rejet de la proposition, le texte final se contentant maintenant de réserver cette limite aux seules situations où les éléments sont localisés au sein de l'Union européenne.

Pour clore ce point sur les dispositions impératives, il y a lieu de noter que dans les domaines où le « dirigisme contractuel » domine, multipliant ainsi les règles de ce type, mieux vaut formuler une règle de conflit spécial³⁷¹. C'est exactement la démarche suivie par la *Convention de Rome* pour le contrat passé par un consommateur³⁷² et le contrat de travail³⁷³. Dans le même esprit, le *Règlement de Rome* ajoute à ce régime spécial des dispositions propres aux contrats de transport de passagers³⁷⁴ et d'assurance³⁷⁵. Dans un souci de cohérence, la limitation de la liberté de choix dans les contrats de consommation sera examinée conjointement avec la règle spéciale fixée par l'article 6 du *Règlement de Rome*, applicable à défaut de choix.

Il convient en dernier lieu de préciser les dispositions concernant la formation de la clause d'*electio juris*. Il résulte du renvoi envisagé par l'article 3.5 du *Règlement de Rome*, que cette question est régie par les mêmes dispositions qui gouvernent la formation du contrat principal³⁷⁶. La licéité et la validité du contrat de choix découlent donc du *Règlement de Rome* même, permettant d'éviter la *regressio in*

³⁷⁰ Hélène Gaudmet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *supra* note 13 à la p. 269.

³⁷¹ « Il est vrai que la notion de loi de police peut permettre de rétablir la protection qui serait écartée par le choix d'une donnée. Mais ce remède est inadéquat à une vaste échelle : il suppose pratiquement l'intervention d'un juge, il ne s'applique qu'à des dispositions ponctuelles et il dépend d'une appréciation de différends facteurs ». Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 694.

³⁷² *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 5.

³⁷³ *Convention de Rome*, *ibid.*, art. 6.

³⁷⁴ *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 5.

³⁷⁵ *Ibid.*, art. 7.

³⁷⁶ Il est à noter que la convention d'*electio juris* n'est soumise à aucun formalisme particulier. Par conséquent, cette question relève du droit positif applicable en vertu du texte.

infinitem qui oblige de rechercher la loi applicable en fonction de la possibilité du choix, pour en décider ensuite³⁷⁷.

Le *Règlement de Rome* consacre la distinction fermement établie en doctrine entre la forme et la substance des actes juridiques. Le texte ne fournit pas de définition permettant de bien saisir cette distinction. Cette approche « réaliste » de la question est justifiée, selon le rapport Giuliano/Lagarde, par la volonté « de ne pas prendre position sur ce redoutable problème de qualification »³⁷⁸. Il propose

De considérer comme une forme au sens de l'article 9 (devenu l'article 11 du *Règlement*) tout comportement extérieur imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans lequel cette manifestation de volonté ne peut se voir attribuer une pleine efficacité³⁷⁹.

Encore convient-il d'ajouter que « le fond est au contraire la volonté en soi, son interprétation, son objet »³⁸⁰.

En vertu de l'article 11 du *Règlement de Rome*, la forme des contrats conclus entre « présents » est soumise de manière alternative, soit à la loi qui le régit au fond, soit à la loi du lieu de sa conclusion³⁸¹. Par contre, la forme du contrat conclu entre des personnes se trouvant dans des pays différents doit respecter la loi du fond, ou celle de l'un des pays concernés³⁸². À ces rattachements déjà prévus par l'article 9 de la *Convention de Rome*, et prenant acte de la prolifération des contrats conclus en ligne, le *Règlement de Rome* ajoute une possibilité supplémentaire en retenant, au § 2

³⁷⁷ Jacques Foyer, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome », dans *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur du doyen Loussouarn*, supra note 317 à la p. 169 et s.

³⁷⁸ *Rapport Giuliano/Lagarde*, supra note 315, commentaire de l'art. 9.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Loussouarn, *Droit international privé*, supra note 7 à la p. 489.

³⁸¹ *Convention de Rome*, supra note 16, art. 9.1 et *Règlement de Rome*, supra note 17, art 11.1.

³⁸² *Convention de Rome*, *ibid.*, art. 9.2 et *Règlement de Rome*, *Ibid.*, art. 11.2.

de l'article 11, la loi de la résidence habituelle d'un contractant ou d'un représentant³⁸³.

Tous les autres aspects de la formation du contrat « ou d'une disposition de celui-ci »³⁸⁴ sont soumis à la loi qui serait applicable en vertu du *Règlement* si le contrat ou la disposition étaient valables³⁸⁵. Ainsi, l'existence et la validité du consentement, et plus largement du contrat même, sont soumises à la *lex contractus*. Une question débattue en droit international privé consiste à savoir ce qu'il advient si la loi désignée invalide l'acte. Le *Règlement de Rome* prend position en faveur de la compétence de la loi, et ce, même si elle entraîne la nullité du contrat. Cette position se justifie par le désir d'éviter un cercle vicieux³⁸⁶, tout en respectant l'attente légitime des parties³⁸⁷. L'article 10.2 du *Règlement de Rome* règle quant à lui la question de la valeur accordée au silence de l'une des parties. Le débat est classique et se résume par l'interrogation suivante : comment interpréter le silence d'une partie lors des négociations contractuelles ? Vaut-il ou non acceptation ? La solution envisagée pose la *lex contractus* comme règle de principe, sauf s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de la partie qui a gardé le silence d'après cette loi. Dans ce cas, il est possible à cette dernière de se référer à la loi de sa résidence habituelle, pour prouver qu'elle n'a pas consenti³⁸⁸.

³⁸³ Il est à noter que par dérogation expresse à ces dispositions, les contrats de consommation sont régis par des règles spéciales. Voir ci-dessous, chap. II, sec. II C.

³⁸⁴ Tenant compte de la situation où est mise en cause la validité de la clause d'*electio juris*.

³⁸⁵ L'article 8 de la *Convention de Rome* est repris intégralement par l'article 10 du *Règlement de Rome*.

³⁸⁶ Si le contrat de choix est invalide selon la loi désignée, cette loi ne devrait pas être applicable en premier lieu.

³⁸⁷ « L'expectative des parties est bien que, si une question de validité se pose, c'est la loi qu'elles ont choisie qui la résoudra. Il serait contraire à leur attente de voir appliquer la loi déterminée objectivement, que par hypothèse elles ont voulu écarter ». Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, supra note 10 à la p. 525.

³⁸⁸ *Règlement de Rome*, supra note 17, art. 10.2.

CHAPITRE II

LES FACTEURS DE RATTACHEMENT SUBSIDIAIRES

À défaut de choix, la détermination de la loi applicable résulte d'une localisation purement objective du contrat, que la *Convention de Rome* effectue sur la base du principe de proximité. Ce principe posé par l'article 4, exprime l'idée du « rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »³⁸⁹. Alliant souplesse et flexibilité, il est généralement perçu négativement « dans un domaine où la prévisibilité doit être la règle »³⁹⁰. Le *Règlement de Rome*, tenant compte de cette critique, a « formaté » l'article 4 pour répondre à l'objectif général visé par le texte, soit de contribuer à « la sécurité juridique dans l'espace de justice européen »³⁹¹ et d'assurer « la prévisibilité du droit applicable »³⁹². Puisque la formulation de ces deux articles diffère sensiblement il convient, pour mieux comprendre la tendance moderne en matière de conflit de lois, de rappeler brièvement le système de l'ancien article 4 (Section 1) pour s'attarder ensuite à sa nouvelle rédaction (Section 2).

³⁸⁹ Paul Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé » (1986) 196 R.C.A.D.I. 9 à la p. 25.

³⁹⁰ Kenfack, « Le Règlement (CE), un navire stable », *supra* note 315 à la p. 19.

³⁹¹ *Règlement de Rome*, *supra* note 17 au considérant 16.

³⁹² *Ibid.*

2.1 Selon la *Convention de Rome*

La désignation de la loi applicable à défaut de choix³⁹³ dans la *Convention de Rome* repose sur un processus en trois étapes³⁹⁴. L'article 4.1 pose un principe général voulant que le contrat soit « régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits » (2.1.1). Ce principe est toutefois assorti d'une présomption générale, selon laquelle « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle »³⁹⁵ (2.1.2). Enfin, cette présomption est écartée par une clause d'exception permettant le retour au principe général s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays³⁹⁶ (2.1.3).

³⁹³ En vérité, au début du paragraphe 1, on ne parle pas du défaut de choix par les parties, mais on emploie l'expression « dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3 ». L'emploi de cette expression réaffirme à notre avis le principe de la loi d'autonomie, à tel point que les autres facteurs de rattachements – facteurs objectifs – sont communément qualifiés de « subsidiaires ». Voir déjà, Antoine Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993 à la p. 168. Sur ce point, nous rejoignons l'opinion de Sylvette Guillemard, selon laquelle « la situation est différente en ce qui a trait au rattachement juridictionnel ». Ce constat est d'autant vrai que le considérant n° 11 du *Règlement de Bruxelles* énonce que : « Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement. [...] ». Ainsi le principe est admis, mais il ne constitue pas la « pierre angulaire » du système établi par le *Règlement de Bruxelles*. Une autre explication est fournie par le rapporteur Giuliano, selon laquelle cette expression se rapporte à la possibilité de dépeçage du contrat énoncé par l'article 3 de la *Convention de Rome*. « En d'autres termes, cette expression tient compte du fait que la convention, en dépit des doutes et de la résistance de plusieurs experts, a admis le « dépeçage » du contrat, dans la mesure où ce sont les parties elles-mêmes qui choisissent la loi applicable ». Mario Giuliano, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis » (1977) 158 R.C.D.A.I. 236. Le *Règlement de Rome* s'exprime cependant en termes de « défaut de choix ».

³⁹⁴ Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats », *supra* note 318 à la p. 306.

³⁹⁵ *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 4.2.

³⁹⁶ *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 4.5. On justifie le système « sophistiqué » établi par ce texte par le souci de ménager différentes considérations : « énoncer un principe commun à tous les contrats, tout en tenant compte de la spécificité de certains ». Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 688; Ole Lando et Peter Nielsen, « The "Rome I" Regulation » (2008) *Common Market Law Review* 2008 à la p. 1687.

2.1.1 Le principe de proximité

La formule retenue par l'article 4 de la *Convention de Rome* est « en soi trop vague »³⁹⁷. Elle conduit le juge à rechercher le centre de gravité de l'opération en tenant compte de tous les facteurs de rattachement qu'ils soient d'ordre « économiques, sociaux, purement juridiques, et même psychologiques »³⁹⁸. Il s'agit, selon le professeur Lagarde, du rattachement le plus étroit entre un « rapport de droit » et un « ordre juridique ». Ce principe a pour principal défaut de ne donner « aucun moyen d'établir quel est le lien le plus étroit avec un pays déterminé »³⁹⁹. En fait, la mise en œuvre de cette directive débouche presque toujours sur une grande incertitude et comporte un risque important d'arbitraire. On a constaté qu'en se généralisant, il constitue une réelle menace à la théorie des conflits de lois; la règle de conflit se réduit à un simple principe⁴⁰⁰ et la dissolution du rattachement s'accompagne d'une dissolution des catégories juridiques elles-mêmes et faisant par là

³⁹⁷ *Rapport Giuliano/Lagarde, supra* note 315 au point 3 du commentaire de l'article 4. « *This guidance has little in common with what we would normally call a conflict rule – or indeed, any other kind of rule – since it still requires considerable refinement to apply it* ». Jessurum d'Oliveira, « « Characteristic Obligation » in the draft EEC Obligation Convention » (1977) 25 Am. J. Comp. L. 303.

³⁹⁸ Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 27. Ce principe se distingue de la doctrine de Savigny qui préconise la recherche « die Natur des Rechtsverhältnisses »; « Déterminer pour chaque rapport de droit, le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport ». Friedrich Karl Von Savigny, *Traité de droit romain*, t. 8, trad. par Charles Guenoux, 2^e éd., Paris, 1860 à la p. 109. En d'autres termes, sa démarche s'appuie sur le constat qu'à chaque rapport de droit correspond un siège qui, à son tour, doit être dégagé de la « nature » même de ce rapport de droit. À cette démarche abstraite et « quelque peu métaphysique » le principe de proximité « substitue-t-il une démarche concrète, fondée sur l'examen des différents éléments de la situation dans son ensemble ». Lagarde, « Le principe de proximité », *supra* note 389 à la p. 30. D'un autre côté, convient-il de rapprocher le principe de proximité de la théorie de la « localisation » élaborée par Batiffol, et qui consistait comme on l'a déjà vu, à rechercher le « centre de gravité » du contrat. Voir ci-dessus, sec. IA.

³⁹⁹ Adolf Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international suisse » (1968) 123 R.C.A.D.I. 572.

⁴⁰⁰ Comme l'a écrit Kahn-Freund « à défaut d'une règle précise, on élève au niveau de règle le principe qui est à la base du système entier des conflits de lois ». Il ajoute « la soi-disant règle sur le lien le plus étroit, c'est la substitution de la raison de faire une règle à la règle elle-même ». Otto Kahn-Freund, « La notion anglaise de la proper law of the contract » (1973) 62 Rev. crit. D.I.P. 614, 615.

même disparaître le problème de qualification⁴⁰¹. C'est notamment en vue de combler ces lacunes que la doctrine de la prestation caractéristique se propose « comme l'étalon de mesure de l'intensité des lien[s], dans le cadre du principe de proximité en matière de conflits de lois relatifs aux contrats »⁴⁰².

2.1.2 La prestation caractéristique

Le concept de « prestation caractéristique » se situe dans le prolongement de la recherche « des liens les plus étroits » et permet de concrétiser le rattachement du contrat « dans l'environnement social auquel il appartient »⁴⁰³. L'article 4.2 de la *Convention de Rome* reprend pour l'essentiel la « thèse »⁴⁰⁴ d'Adolf Schnitzer, présumant que « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle »⁴⁰⁵. Le commentaire de ce paragraphe par le rapport Guiliano/Lagarde, ne fait que répéter le fondement théorique de ce concept, soit « de rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s'insérer »⁴⁰⁶. La

⁴⁰¹ Lagarde, « Principe de proximité », *supra* note 389 à la p. 45. Par conséquent, l'auteur note qu'« un système indifférencié qui renoncerait à ses catégories de règles de conflit au profit d'un principe de rattachement unique au droit présentant avec la situation les liens les plus étroits serait une formidable régression. Il priverait le juge de la sécurité intellectuelle relative que lui apporte l'existence de règles, même flexibles, et sacrifierait la prévisibilité des solutions même dans les matières où elle doit absolument être préservée ». *Ibid.*

⁴⁰² Christian Robitaille, *La doctrine de la prestation caractéristique en droit international privé des contrats – Une étude critique*, mémoire, Université Paris I, 1998, en ligne : <http://www.memoireonline.com/10/09/2783/La-doctrine-de-la-prestation-caracteristique-en-droit-international-prive-des-contrats-une-etud.html#fnref55> (consulté le 12 janvier 2010).

⁴⁰³ Frank Vischer, « Problèmes méthodologiques en matière de rattachement objectif en droit contractuel international » (1957) 14 *Annuaire Suisse de droit international* 43 cité par Robitaille, *Ibid.*

⁴⁰⁴ D'après la remarquable analyse critique de Christian Robitaille, Schnitzer était le premier à proposer un fondement théorique à ce principe, bien que l'idée ait été évoquée par ses prédécesseurs. L'on songe notamment à Arthur Homberger et son ouvrage *Contracts in the Swiss Courts*, publié à Berne en 1925. Voir, Kurt H. Nadelmann, « Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause » (1985) 33 *A.J.C.L.* 297 à la p. 306.

⁴⁰⁵ Cet article remplace la notion de résidence habituelle par celle d'« administration centrale » lorsque le fournisseur de la prestation caractéristique est une société, association ou personne morale.

⁴⁰⁶ Ce commentaire reprend plusieurs paragraphes du cours d'Adolph Schintzer à l'Académie de droit international de La Haye. Voir, Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international suisse » *supra* note 399 à la p. 562 et s., spéc. 578.

notion de « prestation caractéristique » est définie comme « celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre »⁴⁰⁷, tâche aisée s'il s'agit d'une obligation unilatérale. Il est constaté que dans les contrats synallagmatiques, où les contractants se chargent mutuellement de prestations réciproques, elle doit s'identifier comme « celle pour laquelle le paiement est dû »⁴⁰⁸. L'obligation de payer le prix – contre-prestation⁴⁰⁹ – est commune à la majorité des contrats et ne comporte aucune marque typique :

*In other words, it is not that performance which common currency throughout the contractual domain which is regarded as characteristic, but that which to be found in each individual contract of a given type and which does not consist in the payment of money*⁴¹⁰.

Il ne suffit pas de déterminer la prestation caractéristique, encore faut-il la localiser dans l'espace. Le rattachement du contrat au pays dans lequel se trouve la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique se justifie par plusieurs raisons⁴¹¹. On fait valoir que cette localisation répond à l'attente légitime des parties⁴¹² et s'assortit avec la complexité de la prestation caractéristique et

⁴⁰⁷ Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 30.

⁴⁰⁸ Rapport Giuliano/Lagarde, *supra* note 315. C'est-à-dire, selon les contrats, comme la livraison de la chose vendue, la délivrance de jouissance de la chose louée, la fourniture d'un service bancaire ou encore l'accomplissement d'une activité de représentation commerciale.

⁴⁰⁹ Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international suisse », *supra* note 399 à la p. 597 et s.

⁴¹⁰ D'Oliveira, « Characteristic obligation », *supra* note 397 à la p. 310.

⁴¹¹ Cette solution a été retenue à l'encontre de celle préconisée par Schnitzer, basée sur la notion de *Schuldort* – lieu de la dette ou de l'exécution abstraite – et critiquée vivement par Vischer. Cette solution repose initialement sur des raisons de commodité pratiques puisque ce pays est facile à déterminer. Voir Lagarde, « Le nouveau droit international privé », *supra* note 318 à la p. 308. Sur les difficultés résultant de la détermination du lieu d'exécution, voir ci-dessus, partie I section II A.2.2

⁴¹² Le débiteur de la prestation caractéristique, le plus souvent un professionnel, doit pouvoir s'attendre à ce que tous les contrats qu'il passe soient régis par la même loi. Voir Ole Lando, « The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations », (1987) 24 *Comm. Market Law Rev.* 159 spéc. 202 et 203. Pour une critique de cette solution, voir d'Oliveira, « Characteristic obligation », *supra* note 397.

l'intensité de la réglementation dont elle fait l'objet⁴¹³. La solution de l'article 4.2 consacre la compétence de la loi du pays d'origine du produit, ce qui lui permet de ne pas être un obstacle à la liberté de circulation des marchandises dans le marché intérieur communautaire⁴¹⁴.

Toutefois, la présomption générale de l'article 4.2 souffre de deux exceptions les contrats relatifs à un immeuble et le contrat de transport de marchandises, lesquels font l'objet de présomptions spéciales⁴¹⁵. Bien entendu, la mise en œuvre de cette présomption présuppose que la prestation caractéristique puisse être identifiable. Dans la négative⁴¹⁶, l'article 4.5 de la *Convention de Rome* indique expressément l'exclusion de cette solution et la nécessité de rechercher le pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits.

⁴¹³ « Normally it seems adequate to prefer the seller's law, because the performance of his obligation is generally more complicated and to a greater extent regulated by rules of law than the monetary consideration of the other party ». Frank Vischer, « The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts » (1974) 142 R.C.A.D.I. 63. Par contraste, la contre-prestation consiste à payer un prix, peu importe la loi applicable. Dans le prolongement de cette idée, le créancier de la prestation caractéristique, en s'adressant à un professionnel établi à l'étranger, prend le risque du commerce international et doit s'attendre à ce qu'une autre loi que la sienne s'applique. En ce sens Lagarde, « Le nouveau droit international privé », *supra* note 318 à la p. 308. Il est intéressant de comparer ces arguments à ceux contraires, avancés par Vincent Heuzé, et qui concluent à la nécessité de protéger la partie « naïve » au contrat sollicitée par son cocontractant. Selon l'auteur, ce dernier se déplace consciemment et volontairement dans la sphère juridique de son vis-à-vis, lequel s'attend à ce que la loi de sa résidence soit appliquée. Par conséquent, « les contrats doivent être régis par la loi du lieu de résidence de celle des parties qui n'a pas pris l'initiative de leur conclusion ». Heuzé, « La réglementation française », *supra* note 296 à la p. 242.

⁴¹⁴ Marie-Élodie Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002, n° 432.

⁴¹⁵ Pour le contrat portant sur un droit réel ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé avoir les liens les plus étroits avec « le pays où est situé l'immeuble ». Quant au contrat de transport de marchandises, ces liens sont présumés étroits avec le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat, dès lors qu'il se coïncide avec celui du lieu de chargement ou de déchargement ou bien avec l'établissement principal de l'expéditeur.

⁴¹⁶ L'exemple parfait est celui de l'échange où les deux prestations pourraient être qualifiées de caractéristiques. Encore, cette détermination s'avère difficile pour un contrat complexe de coopération industrielle ou commerciale.

2.1.3 La clause échappatoire

En vertu de l'article 4.5, toutes les présomptions « doivent »⁴¹⁷ être écartées s'« il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »⁴¹⁸. Le retour à la solution du principe « en soi trop vague » est donc « concevable », et se pose ainsi une « très difficile question » d'articulation entre la présomption générale et cette clause d'exception⁴¹⁹. Les développements qui suivent permettent de mieux saisir le débat qui anime doctrine et jurisprudence depuis longtemps. D'importance capitale, ce débat fixe la part respective attachée d'une part au principe de proximité, gage de souplesse, et d'autre part à la sécurité juridique, facteur de rigidité.

Toute règle de droit comporte nécessairement un certain caractère de généralité qui la rend inappropriée dans certains cas particuliers⁴²⁰. La clause d'exception « a pour fonction d'affiner la règle de conflit lorsque la mise en œuvre de cette dernière conduit à un résultat injuste »⁴²¹. Ainsi entendue, elle se définit comme la « disposition permettant au juge de déroger à une règle de conflit, pour appliquer en

⁴¹⁷ Il est intéressant de comparer ce vocable utilisé par Mrs Mayer et Heuzé avec celui de Mme Gaudemet-Tallon utilisant le verbe « permet » pour introduire cette clause d'exception. Nous pensons que cette nuance revient à la confusion doctrinale sur le rôle confié à cette clause en particulier et sur le mécanisme instauré par l'article 4 en général. Voir respectivement, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 532 et « fasc. 3201 », *supra* note 318 au para. 37.

⁴¹⁸ *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 4.5.

⁴¹⁹ Gilles Cuniberti, « L'incidence du lieu d'exécution sur la loi applicable au contrat. - La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 » (2003) 30 J.C.P. éd. G. 153.

⁴²⁰ « *As Aristotle recognized so many centuries ago, any pre-formulated rule, no matter how carefully or wisely drafted, may, "because of its generality", or because of its specificity, produce results that are contrary to the purpose for which it was designed* ». Symeon Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Boston, Kluwer Law International, 1999 à la p. 31. [Note omise].

⁴²¹ Peggy Carlier, *L'utilisation de la Lex Fori dans la résolution des conflits de lois*, thèse de doctorat en droit, Université de Lille 2, 2008 à la p. 255 [non publiée].

lieu et place de la loi désignée par cette dernière une autre loi avec laquelle l'affaire a des liens plus étroits »⁴²².

Le fonctionnement de ce mécanisme présuppose que le facteur de rattachement retenu soit « fortement localisateur »⁴²³, sans quoi le recours au jeu de la clause d'exception serait assez fréquent. Or, pour localiser la prestation caractéristique, les rédacteurs de la *Convention de Rome* ont, pour des raisons de commodité⁴²⁴, retenu un facteur de rattachement d'une valeur localisatrice assez faible. Ceci est vrai d'autant « qu'un contrat est avant tout tourné vers son exécution »⁴²⁵. Partant, l'article 4 instaure une comparaison entre deux règles n'obéissant pas à la même logique, ce qui ne manque pas de révéler la défaillance du système. Suivant au plus près la lettre de cette disposition, il en résultera une application fréquente de la clause d'exception, dès lors que le lieu d'exécution de la prestation caractéristique désigne un pays autre que celui de la résidence habituelle du débiteur de cette prestation. Si l'esprit du mécanisme instauré devait être privilégié, la clause d'exception n'interviendrait qu'exceptionnellement.

Statuant expressément sur cette question⁴²⁶, la C.J.C.E. s'est prononcée en faveur d'une interprétation littérale⁴²⁷. Après avoir déterminée la fonction et l'objectif de l'article 5.4 de la *Convention de Rome*⁴²⁸, la Cour dit :

⁴²² Alfred E. Overbeck, « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé » (1982) 176 RCADI 187.

⁴²³ Cuniberti, « L'incidence du lieu d'exécution », *supra* note 419 au para. 4.

⁴²⁴ Voir ci-dessous, para. précédent.

⁴²⁵ Cuniberti, « L'incidence du lieu d'exécution », *supra* note 419 au para. 5. D'ailleurs, Mrs Mayer et Heuzé s'expriment dans le même sens et considèrent que le critère du lieu d'exécution est « plus révélateur du centre de gravité de l'opération » que celui de la résidence. Voir, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 727. À l'appui de cette position, l'on peut ajouter que le grand romaniste allemand Savigny, y voyait déjà au XIX^e siècle, « le siège naturel des rapports de droits contractuels ». Voir Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Droit international privé*, t.1, Paris, L.G.D.J., 1993, n° 238.

⁴²⁶ La clause d'exception « doit-elle être interprétée en ce sens que les présomptions des § 2, 3 et 4 de l'article 4 doivent uniquement être écartées s'il ressort de l'ensemble des circonstances que les critères de rattachement qui y sont visés n'ont pas de véritable valeur de rattachement ou bien faut-il les écarter

L'article 4, paragraphe 5, de la convention doit être interprété en ce sens que, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié⁴²⁹.

Curieusement, cette solution favorisant une certaine souplesse dans la détermination de la loi à défaut de choix, se montre en opposition radicale avec l'évolution induite par le *Règlement de Rome* où la sécurité juridique prend le pas sur le principe de proximité⁴³⁰.

2.2 Selon le *Règlement de Rome*

Deux critiques majeures étaient à l'origine de la modification substantielle du système de l'ancien article 4. Essentiellement, il s'agissait des difficultés issues de la détermination de la prestation caractéristique dans un certain nombre d'hypothèses et de l'incertitude provenant du rapport ambigu entre son principe général et la clause d'exception. Privilégiant la rigidité sur la flexibilité, le nouveau système de l'article 4

aussi s'il ressort de ces circonstances que l'on est en présence d'un rattachement plus important avec un autre pays ? ». C.J.C.E. *Intercontinental Interfrigo (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen B.V. et M.I.C. Operation B.V.*, C-133/08, [2008] Journal Officiel de l'union européenne 21 juin 2008, p. 0010 – 0011, point (e).

⁴²⁷ C.J.C.E. *Intercontinental Interfrigo (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen B.V. et M.I.C. Operation B.V.*, C-133/08, [2009] Journal Officiel de l'Union européenne, C 282 du 21 novembre 2009 à la p.9. Cet arrêt constitue le premier précédent de la C.J.C.E. rendu en application de la *Convention de Rome*.

⁴²⁸ *Ibid.* points n° 58-61.

⁴²⁹ *Ibid.* n° 64. [Nos soulignés]. Le style diffus de ce dispositif laisse perplexes nombre d'auteurs. Le professeur d'Avout s'interroge, à juste titre, si l'utilisation de l'adverbe « clairement » ne paraît pas plaider pour une interprétation restrictive. Il conclut contrarié qu'« à la lettre, [la Cour] ne semble pas exiger comme condition préalable à la mise en œuvre de l'article 4, § 5 que les critères de l'article 4, § 2 à 4 soient disqualifiés. Il suffirait donc que soit vérifiée, en l'espèce, l'existence de liens plus étroits du contrat avec un pays tiers ». Louis d'Avout, « Droit international des contrats : la CJCE n'aurait-elle pas déjà un train de retard ? » note sous C.J.C.E. C-133/08, J.C.P. éd. G. 2009. 550 à la p. 557.

⁴³⁰ D'ailleurs, cet arrêt ne semble-t-il pas répondre favorablement à l'interrogation de l'éminente juriste Gaudemet-Tallon (qui attendait « avec intérêt » la décision de la Cour, fasc. 3201 & 38) touchant

pose en premier lieu des règles précises pour toute une série de contrats (2.2.1) assorties d'une règle subsidiaire désignant la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique pour les contrats relevant à la fois de plusieurs catégories prévues, ou bien au contraire n'appartenant à aucune (2.2.2).

2.2.1 L'adoption de règles directes relativement aux contrats de vente et de prestation de services

L'une des innovations majeures du *Règlement de Rome*, est l'introduction de règles directes à huit catégories de contrats, soit les plus importants du commerce international⁴³¹. La portée de cette modification doit toutefois être atténuée, puisque la solution introduite dans certaines catégories ne fait que reproduire la solution conventionnelle déjà explicitée. Il en va ainsi pour les contrats de vente et de prestations de services pour lesquels sera appliquée respectivement la loi du pays de résidence habituelle⁴³² du vendeur et du prestataire de service⁴³³. Mais ce qui n'était qu'une présomption dans la *Convention de Rome* devient désormais une règle dans le *Règlement de Rome*. Comme le fait remarquer nombre d'auteurs, les difficultés de

l'influence probable de la philosophie nouvelle du *Règlement* sur l'interprétation de la *Convention de Rome*? Voir Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 41.

⁴³¹ Ces contrats avec leur rattachement respectif figurent aux paragraphes a-h de l'article 4.1. Il s'agit des contrats de vente de biens (a), de prestation de service (b), de droit réel immobilier et de bail d'immeuble (c) et (d), de franchise (e), de distribution (f), de vente de biens aux enchères (g) et des contrats conclus au sein d'un système multilatéral (portant sur certains instruments financiers) (h).

⁴³² À la différence de la *Convention de Rome*, le *Règlement de Rome* définit cette notion. L'article 19 énonce que la résidence habituelle d'une personne physique est son établissement principal. Le texte ajoute que la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale, est le lieu de son administration centrale. Si le contrat est conclu par l'intermédiaire d'une filiale, succursale, agence ou autre établissement ou si la prestation doit être fournie par un établissement, c'est la résidence habituelle de cet établissement qui est prise en compte.

⁴³³ Le rapport explicatif Giuliano/Lagarde avait en effet montré que la présomption liée à la prestation caractéristique, dans son effort de concrétisation du principe de proximité, mènerait par exemple à l'application de la loi du lieu de résidence habituelle du vendeur pour le contrat de vente et du prestataire de service dans le cas d'un service, rattachements qui sont aujourd'hui repris dans les deux premières règles fixes. *Rapport Giuliano/Lagarde*, *supra* note 315, commentaire sur l'article 4, point n° 3.

qualification attachées à toute règle structurée par type de contrat, ne manqueront pas de surgir⁴³⁴.

Pour ce qui est du contrat de vente, on se demande s'il faut entendre cette notion au sens large et y englober à côté des meubles corporels, les meubles incorporels et les immeubles. Une interrogation identique peut être formulée au sujet du contrat de « prestation de services » où cette notion plus économique que juridique⁴³⁵ « semble constituer une catégorie ouverte, prête à accueillir toutes sortes de contrats, pourvu qu'il ne s'agisse pas de ventes »⁴³⁶.

Pour répondre à ces interrogations, il faut se référer aux directives du considérant 17 du *Règlement de Rome*, lesquelles devront guider l'interprète. Il y est précisé qu'à défaut de choix de la loi applicable :

Les notions de « prestation de services » et de « vente de biens » devraient recevoir la même interprétation que celle retenue pour l'application de l'article 5 du règlement (CE) no 44/2001, dans la mesure où ce dernier couvre la vente de biens et la fourniture de services.

Bien entendu, cet article vise la vente de marchandises⁴³⁷ et il convient d'interpréter le terme « bien » dans le sens étroit de « marchandises »⁴³⁸. Dans ce cas,

⁴³⁴ Voir en particulier, Francq, « Le règlement « Rome I » », *supra* note 323 à la p. 58; Kenfack, « Le Règlement (CE), un navire stable », *supra* note 315 à la p. 20; Gaudemet-tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 aux para. 43 et 48; Zheng Tang, « Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the "Rome I" Regulation » (2008) 71 *Modern Law Review* 785 à la p. 791.

⁴³⁵ Pascal Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2002 à la p. 37.

⁴³⁶ Pierre Berlioz, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement « Bruxelles I » » (2008) 3 *JDI* 675 au para. 2. Dans le même sens, Jean-Michel Jacquet indique que « les contrats de service constituent tout au plus une catégorie de contrats assez vaste et ne correspondent pas à la qualification juridique d'un contrat spécial au sens strict du terme. La notion de services est à l'origine une notion de caractère essentiellement économique » : « Conflits de juridictions. – Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000. – Contrats. – Services. – Distribution. » (2008) 2 *JDI* 8. [Notes omises].

⁴³⁷ Voir ci-dessus partie I, chapitre II, sec. I2.

c'est l'article 3 de la Convention de la Haye⁴³⁹ qui s'appliquera, article qui désigne aussi la loi de la résidence habituelle du vendeur. De même, le considérant 17 ajoute que « les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières ». Une telle rédaction « malheureuse et maladroite »⁴⁴⁰, méconnaît la nature complexe de ces contrats.

2.2.2 Les règles subsidiaires

Le principe de proximité, confiné à un rôle secondaire, est appelé à intervenir sous deux formes distinctes : clause d'exception, entendue de façon restrictive et règle subsidiaire, applicable lorsque les deux premières étapes sont impossibles.

2.2.2.1 La prestation caractéristique

L'article 4.2 du *Règlement de Rome* précise que « lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ».

Les premiers commentaires de cet article soulignent le caractère accessoire de la stipulation, son esprit étant de compléter les rattachements fixes prévus au premier paragraphe⁴⁴¹. Or cette liste de rattachements couvre déjà les contrats les plus

⁴³⁸ En ce sens, voir, Paul Lagarde et Aline Tenenbaum, « De la convention de Rome au règlement Rome I » (2008) 97 Rev. crit. D.I.P. 727, spécialement n° 12, note 45 qui indiquent que l'expression française "vente de biens" est une mauvaise traduction de l'anglais "sale of goods". D'ailleurs, les premiers commentaires sur le *Règlement de Rome* s'inscrivent dans cette lignée et soulignent le caractère « maladroit » de cette traduction. Voir par ex. Kenfak, « Le Règlement (CE), un navire stable », *supra* note 323 à la p. 21.

⁴³⁹ *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, *supra* note 314. Cette *Convention* s'applique sans condition de réciprocité et s'est donc substituée au droit commun dans la matière visée.

⁴⁴⁰ Kenfak, « Le Règlement (CE), un navire stable », *supra* note 323 à la p. 22. La nature complexe de ces contrats incite à décider de leur qualification au cas par cas. Toute généralisation à ce sujet semble, à juste titre, condamnée. Voir cependant, en faveur de la qualification du considérant 17, l'analyse détaillée de Pierre Berlioz, « La notion de fourniture de service », *supra* note 436.

⁴⁴¹ Kenfak, *ibid.*, à la p. 26.

importants du commerce international, ce qui implique un recours peu fréquent à cette première hypothèse.

La seconde hypothèse du texte est plus probable et on envisage facilement qu'un contrat relève à la fois de plusieurs des catégories énumérées ci-dessus. La principale question concernera plutôt son interprétation. Prise à la lettre, le recours à cette disposition sera fréquent, mais contraire à l'esprit du texte qui réclame la prévisibilité des solutions. Pour éviter un tel inconvénient, d'aucuns suggèrent la recherche du « genre dominant » du contrat, pour appliquer à son ensemble le rattachement qui lui correspond sur le fondement du paragraphe 1⁴⁴². Une telle possibilité doit, à notre avis, être réfutée en raison de son incompatibilité apparente avec le texte. En effet, si tel était l'objectif des rédacteurs du *Règlement de Rome*, pourquoi la solution n'a-t-elle pas été consacrée par eux expressément ? Lorsque le contrat relève de plusieurs points de l'article 4.1, l'article 4.2 oblige à rechercher la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique qui « devrait être déterminée par rapport à son centre de gravité »⁴⁴³.

2.2.2.2 Le principe de proximité

Le paragraphe 3 introduit au système de l'article 4 du *Règlement de Rome* un élément de souplesse, en disposant que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Cette rédaction résulte d'un compromis entre la suppression proposée de la clause

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Règlement de Rome, supra* note 17 au considérant 19. À cet égard, certains auteurs soulignent la difficulté de distinguer si l'on est en présence d'un contrat complexe relevant de l'article 4.2 ou d'une pluralité de contrats dont chacun peut être rattaché à une catégorie relevant de l'article 4.1. « *It is, however, not always easy to determine whether an agreement containing elements that are covered by two or more points of paragraph 1 is one contract under paragraph 2, or whether it is in fact two contracts, which are to be governed by different laws* ». Lando et Nielsen, « The "Rome I" Regulation », *supra* note 396 à la p. 1703.

d'exception⁴⁴⁴ et son maintien souhaité par une partie de la doctrine⁴⁴⁵. Ainsi, a-t-il été retenu en raison des suggestions du GEDIP⁴⁴⁶ et du Max-Planck-Institut de Hamburg⁴⁴⁷, lesquels ont proposé de renforcer la formulation de la clause d'exception afin de dissuader les juges d'y recourir par facilité. Cela étant, l'utilisation de l'adverbe « manifestement » montre bien « que ce n'est vraiment qu'exceptionnellement que le contrat relèvera d'une loi autre que celle prévue par les § précédents de l'article 4 »⁴⁴⁸.

2.2.2.3 La clause d'exception

On retrouve ici une seconde manifestation du principe de proximité, mais elle est strictement réservée au cas où la loi applicable au contrat ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2 de l'article 4⁴⁴⁹. Dans ce cas, le contrat sera régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Pour Hélène Gaudemet-Tallon, il s'agit d'une sorte de « disposition balai »⁴⁵⁰ destinée à couvrir les rares hypothèses résultant de l'inapplicabilité des deux premiers paragraphes de l'article 4. Pour déterminer le pays avec lequel le contrat a les liens les plus étroits, le considérant 21 indique qu'« il convient de prendre en compte, notamment, l'existence de liens plus étroits avec un ou plusieurs autres contrats ».

⁴⁴⁴ Voir l'exposé des motifs sur l'article 4 de la Proposition Rome I, *supra* note 321.

⁴⁴⁵ Voir par exemple, Lagarde, « Remarques sur la proposition Rome I », *supra* note 325 à la p. 339.

⁴⁴⁶ Groupe européen de droit international privé, *Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, treizième réunion, Vienne, 19-21 septembre 2003, en réponse à la question n° 10, en ligne : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-19r1v.html> (consulté le 13 janvier 2010).

⁴⁴⁷ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commission's green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernization*, en réponse à la question n° 10 à la p. 44, en ligne : <http://edoc.mpg.de/211175> (consulté le 13 janvier 2010).

⁴⁴⁸ Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 54.

⁴⁴⁹ *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 4.4.

⁴⁵⁰ Gaudemet-tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 56.

2.2.3 Loi applicable aux contrats de consommation

Dans une optique de protection du consommateur, considéré comme une partie plus faible que son cocontractant⁴⁵¹, *Convention et Règlement de Rome*⁴⁵² ne se bornent pas à énoncer des règles générales de conflit. Le régime spécial établi par la *Convention de Rome* s'est révélé inapte à régir les situations inédites liées à l'évolution de la société et aux mutations technologiques⁴⁵³. Généralement, la « communautarisation » de cette *Convention* nous présente une version améliorée de ce système malgré les attentes trompées de plusieurs auteurs⁴⁵⁴. L'inspiration commune aux deux textes nous conduit ici à les traiter simultanément, tout en

⁴⁵¹ « Les règles protectrices des consommateurs adoptées dans de nombreux pays [...] seraient privées de portée pratique dans le commerce international s'il pouvait y être fait échec par le choix d'une loi étrangère, ou même si, à défaut de choix, la loi applicable était par application de la présomption de l'article 4,§2, la loi du pays d'établissement du vendeur ou du prestataire de services ». Lagarde, « Le nouveau droit international privé », *supra* note 318 à la p. 313. Cette observation reste valable puisque le « formatage » de la *Convention de Rome* aboutit au même résultat, soit à la loi du pays de résidence du professionnel. Dans le même sens Fausto Pocar écrit : « la recherche de la règle de droit la plus appropriée à la solution d'un cas donné ne doit pas nécessairement, et en principe ne peut pas, faire abstraction des valeurs sociales, économiques ou politiques desquelles s'inspire le droit matériel, car elle est le produit de la même société » : Fausto Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », (1984) 188 R.C.A.D.I. 339 à la p. 355.

⁴⁵² C'est un objectif prioritaire que résume sans ambiguïté le considérant 23 d'après lequel « s'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme faibles, celle-ci devraient être protégées par des règles de conflit plus favorables à leurs intérêts que ne sont les règles générales ».

⁴⁵³ Sur ce point voir ci-dessous, partie 2, chap. II, sec. II. Il faut ajouter ici deux autres considérations, non moins significatives, qui motivaient la modification de l'article 5 de la *Convention de Rome* : la nécessité d'élargir son champ d'application, jugé trop restrictif, et le souci d'aligner le domaine de la règle de conflit de lois sur celui de la règle de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs. Voir, Groupe européen de droit international privé, Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la *Convention de Rome* du 19 Juin. 1980, et de l'article 15 de la proposition de Règlement " Bruxelles I ", dixième réunion, Rome, 15-17 septembre 2000, p. 2, en ligne : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-12pf.html> (consulté le 13 janvier 2010). Voir toutefois, le considérant 24 du *Règlement de Rome* qui précise les objectifs recherchés par la règle de conflit spéciale en matière de consommation.

soulignant leurs différences. Une étude sérieuse de ces dispositions spéciales ne peut faire abstraction de la question débattue autour de leur articulation avec d'une part, les lois de police, et d'autre part le droit dérivé.

2.2.3.1 Les solutions propres au contrat de consommation

Les deux instruments optent pour une conception restrictive du consommateur protégé, et reprennent en ce sens la même définition que celle qui figure dans la *Convention de Bruxelles*⁴⁵⁵. Il importe de rappeler que selon cette définition étroite, le consommateur est celui qui agit « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »⁴⁵⁶. Ainsi, le professionnel qui agit pour les besoins de son activité, mais en dehors de sa spécialité, n'est pas un consommateur au regard de la *Convention de Rome* ou du *Règlement de Rome*. Toutefois, l'article 6.1 explicite ce qui n'était que sous-entendu par la *Convention de Rome*, soit que le consommateur doit nécessairement être une personne physique⁴⁵⁷.

Le fonctionnement du mécanisme protecteur, maintenu intact, repose sur une double règle. D'une part, « le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions

⁴⁵⁴ Voir par exemple, Olivera Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement « Rome I » » (2008) 31 Recueil Dalloz à la p. 2175; Francq, « Le règlement Rome I », *supra* note 323 à la p. 62; Kenfack, « Le règlement (CE), un navire stable », *supra* note 315 à la p. 30.

⁴⁵⁵ Voir ci-dessus, partie I, chap. II, sec. II.

⁴⁵⁶ *Convention de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 13; *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 15.1; *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 5.1; *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 6.1

⁴⁵⁷ « Bien que l'article 5 [de la *Convention de Rome*] ne le précise pas, le consommateur auquel il se réfère doit être une personne physique. Il ne semble pas qu'une association, par exemple, puisse s'en prévaloir ». Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats », *supra* note 318 à la p. 315. Cette précision découle naturellement de la conception restrictive retenue par les textes. Voir déjà en ce sens, C.J.C.E. *Cape c. OMAI*, C-541/99 et C-542/99, [2001] J.C.P. éd. G. 2002, II, 10047 (note Gilles Paisant). À noter que dans cette affaire la C.J.C.E. n'intervenait pas pour interpréter l'article 5 de la *Convention de Rome*, mais la solution est susceptible d'extension. De même, le *Règlement* apporte une précision concernant le professionnel : personne « agissant dans l'exercice de son activité professionnelle ». Il découle de cette précision entendue implicitement par la *Convention de Rome* (Voir *Giuliano/Lagarde*, commentaire de l'article 5), que le contrat passé entre deux consommateurs ne relève ni de l'article 5 de la *Convention* ni de l'article 6 du *Règlement*.

impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle »⁴⁵⁸. Enfin, à défaut de choix, le contrat « est régi par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle »⁴⁵⁹. S'agissant de la première hypothèse limitative, deux interprétations sont concevables : soit la loi choisie est systématiquement écartée au profit des dispositions impératives de la loi où se trouve la résidence habituelle du consommateur, soit elle ne l'est que dans la mesure où elle offre moins de protection⁴⁶⁰. Dans une interprétation raisonnable et conforme à l'esprit des textes, c'est cette dernière solution qui doit être privilégiée⁴⁶¹, même si elle conduit souvent au dépeçage, c'est-à-dire à l'application simultanée de la loi du professionnel et des dispositions impératives de la loi du consommateur⁴⁶². À défaut de choix, la loi considérée comme objectivement applicable est celle de la résidence habituelle du consommateur. Cette loi n'est pas forcément plus protectrice que celle du professionnel, et son choix n'est pas fondé sur un objectif de protection *stricto sensu* mais sur l'avantage d'être celle qui peut être connue facilement⁴⁶³. Le champ de la

⁴⁵⁸ *Convention de Rome*, supra note 16, art. 5. et *Règlement de Rome*, supra note 17, art. 6.

⁴⁵⁹ *Convention de Rome*, *ibid.*, art. 5.3 et *Règlement de Rome*, *ibid.*, art. 6.1.

⁴⁶⁰ « Dans ce cas de figure, la loi d'autonomie ne subsiste donc qu'au profit du consommateur, sans pouvoir jouer à son désavantage, invitant parfois à évoquer alors une sorte d'autonomie *in favorem* ». Bureau et Muir Watt, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 338. [Note omise].

⁴⁶¹ Cette solution fait l'unanimité. Voir par exemple, Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, supra note 318 au para. 69; Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, supra note 20 à la p. 209; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, supra note 10 à la p. 535.

⁴⁶² Cette solution a été critiquée au motif qu'elle implique « des coûts de procédure supplémentaires, d'autant moins justifiés eu égard au montant souvent faible du contentieux de la consommation ». *Proposition Rome I*, supra note 321, exposé des motifs, art. 5. De ce fait, la proposition de 2005 entendait la suppression totale de cette hypothèse (faculté de choix) et le maintien exclusif du rattachement à la loi de l'État de la résidence habituelle du consommateur. Pour une vive critique, voir Lagarde, « Remarques sur la proposition Rome I », supra note 325 à la p. 341.

⁴⁶³ Voir en ce sens, Muir-Watt et Bureau, *Droit international privé*, supra note 28 à la p. 338 et 339. La solution proposée par le GEDIP, en vue d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, mérite d'être évoquée brièvement. Il a été suggéré « d'établir une disposition portant sur l'ensemble des contrats de consommation, dont l'objet normatif serait limité à l'applicabilité de règles impératives de protection, laissant aux dispositions générales des articles 3 et 4 le soin de déterminer la loi qui régit le contrat. L'applicabilité de ces règles jouerait — comme c'est le cas actuellement dans l'hypothèse du choix du droit applicable par les parties — de manière alternative, soit dans un sens favorable au consommateur ». GEDIP, *Troisième commentaire consolidé des propositions de modification des articles 1^{er}, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10bis, 12 et 13 de la Convention de Rome*

protection est restreint aux cas où le professionnel a pris une initiative dans le pays du consommateur. Partant, on justifie l'application de la loi du consommateur par référence au principe du respect des attentes légitimes des parties; lorsque le consommateur n'a pas pris l'initiative du contrat, il peut s'attendre raisonnablement à se voir appliquer son droit⁴⁶⁴.

Dans la *Convention de Rome*, le champ d'application de l'article 5 est relativement limité. Le contrat en question doit être un contrat de fourniture d'objets mobiliers corporels, ou de fourniture de services ou encore un contrat destiné au financement des contrats précédents⁴⁶⁵. Y sont exclus le contrat de transport⁴⁶⁶ et le 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 habituelle »⁴⁶⁷. L'article 6 du *Règlement de Rome* élargit sensiblement le champ de la protection, en faisant disparaître toute référence à l'objet du contrat. Le texte s'applique à tous les contrats passés par un consommateur, sauf ceux qui figurent limitativement dans la liste de l'article 6.4 a)-e)⁴⁶⁸.

du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du Règlement 44/2001/CE (Règlement « Bruxelles I »), Dixième, onzième, douzième et treizième réunions, Rome, 15-17 septembre 2000, Lund, 21-23 septembre 2001, Paris, 20-22 septembre 2002, Vienne, 19-21 septembre 2003, en ligne : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-21cc.html> (consulté le 13 novembre 2010).

⁴⁶⁴ Marie-Laure Niboyet, fasc. 552-40, *supra* note 357 au para. 14.

⁴⁶⁵ *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 5.1.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, art. 5.4.a. Toutefois, en vertu de l'article 5.5, les contrats de voyage organisé bénéficient des dispositions protectrices.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, art. 5.4.b.

⁴⁶⁸ Il s'agit en outre des exceptions prévues par l'article 5 de la *Convention de Rome* et reprises par l'article 6 du *Règlement* (points a et b). Les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble; sauf un droit d'utilisation à temps partiel défini par la *directive 94/47 CE du 26 octobre 1994* (c), les contrats concernant des instruments financiers dès lors qu'il ne s'agit pas de fourniture de services financiers (d), et enfin les contrats conclus dans un type de système relevant de l'article 4, § 1, h) du règlement (e).

À supposer que les conditions relatives au contrat soient satisfaites, il est encore nécessaire que les conditions relatives aux circonstances de sa conclusion le soient également. Selon l'article 5.2 de la *Convention de Rome*, il faut :

- soit que le contrat ait été conclu dans le pays de la résidence habituelle du consommateur et y ait été précédé d'une proposition ou d'une publicité, ou encore d'actes « nécessaires à sa conclusion »⁴⁶⁹ de la part du consommateur;
- soit que le professionnel y ait reçu la commande;
- soit, en cas de vente de marchandises, que le consommateur ait passé commande à l'étranger au cours d'un voyage organisé par le vendeur dans le but de l'inciter à conclure le contrat.

On notera que dans toutes ces circonstances, le professionnel a pris l'initiative de l'accord et la protection n'est envisagée qu'au consommateur dit « passif » ou « statique ». Ces circonstances se sont révélées, à l'usage trop étroites⁴⁷⁰, et le *Règlement de Rome* n'en fait simplement plus mention.

À ces circonstances, l'article 6.1 du *Règlement de Rome* substitue la condition visant le contrat conclu avec un professionnel qui « exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle »⁴⁷¹ ou qui, « par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers

⁴⁶⁹ Hélène Gaudemet-Tallon note que ce « terme est vague et vise soit une réponse écrite, soit toute démarche quelconque faite à la suite de l'offre ou de la publicité »: fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 67.

⁴⁷⁰ L'exemple typique donné en doctrine pour démontrer l'inadéquation de ces circonstances, est l'affaire dite de la « Grande Canarie », Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, *Rev. crit. D.I.P.*, 1998. 610 (note Paul Lagarde). Voir par exemple, Bureau et Muir-Watt, *Droit international privé*, *supra* note 28 à la p. 335; Francq, « Le règlement « Rome I » », *supra* note 323 à la p. 63; Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 210.

⁴⁷¹ *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 6.1.

plusieurs pays, dont celui-ci »⁴⁷². Cette solution, qui se veut en harmonie avec l'article 15.1.c du *Règlement de Bruxelles*⁴⁷³, a pour objet d'intégrer dans le champ de protection l'hypothèse particulière du contrat électronique⁴⁷⁴. Mais comme l'écrit Bernard Audit, « ce qui est ainsi gagné en simplification dans le texte pourrait cependant se traduire par des difficultés d'applications accrues »⁴⁷⁵.

En dehors des conditions énumérées à l'article 5 de la *Convention de Rome* et à l'article 6 du *Règlement de Rome*, ce sont les règles générales de conflit qui s'appliquent.

Ce qui est ci-dessus énoncé concerne le fond du contrat ; sa forme, selon les deux instruments, est régie impérativement par la loi de résidence habituelle du consommateur⁴⁷⁶.

2.2.3.2 L'articulation entre le dispositif protecteur et les lois de police.

On a déjà relevé que l'article 9 du *Règlement de Rome* - soit l'article 7 de la *Convention de Rome* - réserve l'application des lois de police du for et permet la prise en considération de lois de police étrangères⁴⁷⁷. La question soulevée ici concerne l'articulation de ce texte avec celui de l'article 6 du *Règlement de Rome* qui pour sa part réserve l'application des lois de police de la résidence habituelle du consommateur. En d'autres termes, se pose la question de savoir si l'article 6 épuise la

⁴⁷² *Ibid.*, art. 6.1.b.

⁴⁷³ Voir ci-dessus, partie I, chap. II, sec. II.

⁴⁷⁴ *Règlement de Rome*, *supra* note 17 au considérant 24.

⁴⁷⁵ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 696. Sur l'ensemble de cette question voir *infra* partie II.

⁴⁷⁶ *Convention de Rome*, *supra* note 16, art. 9.5 et *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 11.4. Cette solution n'est envisagée que si les conditions énumérées par chaque texte sont remplies. À défaut, la forme du contrat est sujette aux règles ordinaires en la matière. On pourrait formuler le même reproche déjà évoqué concernant le rattachement unique à la loi de résidence du consommateur conçu à défaut de choix de loi, et qui consiste à démontrer que cette loi peut se révéler moins protectrice que la *lex contractus*. Voir en ce sens, Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *supra* note 10 à la p. 559.

⁴⁷⁷ Voir respectivement *supra* note 362 et 363.

protection du consommateur ou si ce dernier conserve la possibilité d'invoquer le texte général de l'article 9. Pour Paul Lagarde, les dispositions impératives que le juge pourrait appliquer en vertu de l'article 7 doivent avoir une finalité et une nature distincte de celles qui animent les dispositions applicables au titre de l'article 5⁴⁷⁸. Cette position est soutenue par des décisions judiciaires⁴⁷⁹. Le professeur Lagarde a réaffirmé sa position à plusieurs reprises, en indiquant que l'article 5 de surcroît contient une réglementation fermée qui doit prévaloir sur l'article 7⁴⁸⁰. Il considère que depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de Rome*, les règles protectrices du consommateur appartiennent à une catégorie particulière de dispositions impératives, lesquelles se situent dans la hiérarchie un peu en dessous de celles de l'article 7⁴⁸¹. Une position beaucoup plus ouverte et consumériste est adoptée par d'autres auteurs⁴⁸², qui considèrent que le champ d'application de l'article 7, parce que de portée plus vaste, concerne l'ensemble des contrats couverts par les articles qui précèdent. Ainsi, un consommateur français pourrait bénéficier des dispositions impératives du code de consommation même si les conditions dictées par l'article 5

⁴⁷⁸ « En limitant les cas dans lesquels le consommateur peut se prévaloir des règles impératives protectrices de l'État de sa résidence habituelle l'article 5 paraît bien avoir exclu en dehors de ces cas leur application au titre de l'article 7 § 2 lorsque l'État de la résidence habituelle du consommateur est aussi l'État du for ». Lagarde, « Le nouveau droit international privé », *supra* note 318 à la p. 316.

⁴⁷⁹ Dans l'affaire « Grande Canarie », la Cour fédérale d'Allemagne a rejeté l'application de la loi allemande en tant que loi du lieu de résidence du consommateur, en relevant notamment qu'aucune des trois conditions spatiales de l'article 5.2 de la *Convention de Rome* n'était réunie. Voir *supra* note 470, spec. n.8, note 8.

⁴⁸⁰ Paul Lagarde, note sous la Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, *Rev. crit. D.I.P.* 1998 à la p. 625.

⁴⁸¹ Paul Lagarde, note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, *Rev. crit. D.I.P.* 2000 à la p. 24. Dans cette affaire, la Cour d'appel a estimé que la distinction qu'opère la *Convention de Rome* entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices (respectivement articles 7 et 5) empêche de ranger, parmi les lois de police, les lois destinées à la protection des consommateurs. Cependant, cet arrêt faisait une application anticipée de la *Convention de Rome*, et fut cassé pour ce motif sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la question.

⁴⁸² Voir par exemple, Anne Sinay-Cytermann, « La protection de la partie faible en droit international privé », dans *Mélanges Lagarde*, *supra* note 168 à la p. 737; Pascal de Vareilles-Sommières, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la *Convention de Rome* du 19 juin 1980) » (2006) 35 *Recueil*

ne sont pas réalisées, dans l'éventualité où le litige serait porté devant un tribunal français⁴⁸³. Cette position est reconnue également en jurisprudence⁴⁸⁴.

Il est regrettable que cette question délicate ne soit pas tranchée par le *Règlement de Rome*. Nous sommes pourtant d'avis que les nouvelles dispositions de l'article 6 devraient privilégier l'approche restrictive du professeur Lagarde. Il est vrai que l'hésitation était légitime dans le cadre de la *Convention de Rome*, puisque le champ d'application *ratione materiae* de l'article 5 était doublement limité; la protection du consommateur n'était prévue que pour certains contrats conclus dans certaines circonstances. S'il est vrai que cette double limite persiste encore avec l'article 6, il n'en reste pas moins que son domaine a été sensiblement élargi. Partant, la limite qui s'impose concerne essentiellement la conclusion du contrat selon des modalités spécifiques. Or, admettre une protection en dehors de cette limite, aurait pour conséquence de priver de tout sens les dispositions spéciales. Quoi qu'il en soit, il est fort probable que la C.J.C.E. aura à se prononcer sur cette épineuse question dans un proche avenir.

2.2.3.3 L'articulation entre le dispositif protecteur et le droit dérivé⁴⁸⁵.

Dans les rapports avec les États tiers, certains textes consuméristes spécifiques, d'origine communautaire, adoptent des règles de conflit de lois qui obéissent à une

Dalloz à la p. 2464; Niboyet, fasc. 552-40, *supra* note 357 au para. 17. L'on se permette d'interpréter la position nuancée de Mme Gaudemet-Tallon dans ce sens, fasc. 3201 au para. 71.

⁴⁸³ Il est peu probable qu'un consommateur français jouisse de la protection consacrée par son code de consommation devant un tribunal étranger. Compte tenu des difficultés reliées à l'identification, l'interprétation et l'appréciation d'une loi qui lui est étrangère, l'efficacité de l'article 9.3 du *Règlement de Rome* reste aléatoire. Le professeur Calais-Auloy explique qu'« un consommateur a (donc) quelque chance de bénéficier de la protection du droit français de la consommation, en tant que loi de police, dès lors que le litige est jugé en France ». Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2003 à la p.46.

⁴⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *société Commerzbank*, Rev. crit. D.I.P. 2007 à la p. 85 (note Delphine Cocteau-Senn). En l'espèce, la Cour de Cassation appliqua l'article 7.2 de la *Convention de Rome*, et ce, à défaut des conditions de l'article 5.

démarche unilatéraliste⁴⁸⁶. À titre d'exemple, l'article 6.2 de la Directive sur les clauses abusives dispose que :

Les États 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 des États membres »⁴⁸⁷.

Le rapport entre cette règle spécifique et la règle de conflit protectrice fixée par la *Convention* ou par le *Règlement* de Rome se révèle ambigu. La question se pose de savoir comment articuler la règle de conflit contenue par cette directive avec l'article 5 ou 6. Cette interrogation n'est pas purement académique : les États ont dû faire face à ce problème lors de la transposition de la directive dans leur droit interne⁴⁸⁸. La difficulté se situe au niveau de la précision apportée par chaque État à la notion de « lien étroit »⁴⁸⁹. D'aucuns pensent que cette notion doit être interprétée dans un sens voulant « qu'il existe un lien étroit entre le contrat et le territoire de la Communauté

⁴⁸⁵ Par droit dérivé, nous entendons l'ensemble des directives sectorielles concernant le droit de la consommation.

⁴⁸⁶ À noter que les règles de conflit spéciales issues du droit communautaire dérivé ne sont pas exclusives au droit de la consommation, mais concernent aussi le droit privé économique en général. Toutefois, il est normal qu'on se limite ici aux questions directement liées à notre sujet.

⁴⁸⁷ Nos soulignés.

⁴⁸⁸ Soulignant la difficulté de la tâche, Philippe Remy écrit « chaque introduction de directive, en matière de droit des obligations, suscite en France un petit psychodrame : il y a eu celui des clauses abusives, celui de la responsabilité du fait des produits, celui de la garantie dans les ventes de biens de consommation; le leit-motiv semble en être la volonté de transposition 'à la française' (more gallico), ce qui nous vaut ensuite quelques condamnations vexantes, soit pour retard, soit pour transposition incorrecte (v. C.J.C.E. 25 avr. 2002, Commission des Communautés c/ France) » : « Ouverture » dans Pauline Remy-Corlay et Dominique Fenouillet, dir., *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003 à la p. 3, note 11.

⁴⁸⁹ Cette notion « vague, voire ambiguë » était vivement critiquée par la doctrine, à tel point qu'un auteur contestait même le fait « qu'il s'agisse d'une véritable règle de conflit de lois, fut-t-elle mal formulée et maintenue à l'état embryonnaire ». François Viangalli, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 à la p. 212. Toutefois, l'auteur admet-il cette qualification, mais non sans une certaine ironie.

chaque fois que la situation de fait entre dans le champ d'application de l'article 5.2 de la *Convention de Rome* »⁴⁹⁰. Cette proposition, adoptée par l'Espagne⁴⁹¹, a été l'objet d'une condamnation de la part de la C.J.C.E. au motif d'une mauvaise transposition de la directive "clauses abusives" de 1993⁴⁹². Dans cet arrêt, la Cour a énoncé que la formule générale de l'article 6 .2, de la directive « vise à permettre la prise en considération de divers éléments de rattachement en fonction des circonstances de l'espèce »⁴⁹³ et poursuit :

Si la notion délibérément vague de "lien étroit" que le législateur communautaire a retenu peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis, tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 5 de la *Convention de Rome*⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ *Ibid.* à la p. 213. Voir aussi, Érik Jayme et Christian Kohler, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome » (2005) 84 *Rev. crit. D.I.P.* 1 à la p. 20.

⁴⁹¹ « Les règles de protection des consommateurs contre les clauses abusives sont applicables, quelle que soit la loi que les parties ont choisie pour régir le contrat, dans les termes prévus à l'article 5 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ». *Loi générale pour la défense des consommateurs et usagers, 26/1984, du 19 juillet 1984*, JO, art. 10 bis, para. 3. Sur la transposition de cette directive en droit français, voir l'article L.135-1 Code de consommation, ci-dessus, partie I, chap. I, sect. IB.

⁴⁹² C.J.C.E. *Comm. c. Espagne*, C-70/03, [2004] ECR I-7999, J.D.I. 2005, p. 819 (note Jean-Sylvestre Bergé et Marie-Noëlle Jobard-Bachelier).

⁴⁹³ *Ibid.* point n. 32.

⁴⁹⁴ *Ibid.* point n. 33. À notre avis, outre la précision que cet arrêt apporte sur la modalité de transposition de la directive sur les clauses abusives, il vise de même à essuyer certaines critiques. En insistant sur le caractère délibéré de la notion de « liens étroits », il nous semble vouloir répondre au reproche qui se lit comme suit : « Il faut être lucide sur l'ignorance flagrante du droit international privé qui caractérise les rédacteurs de ces règles de conflits spéciales. Manifestement, la connaissance de la théorie générale des conflits de lois et des principales solutions adoptées par les différents systèmes des États membres leur fait défaut. Le style flou qui caractérise leur prose en est la meilleure preuve. Dans ce domaine, une extrême précision est en effet de rigueur. Plus que le droit privé interne, le droit international privé est sensible à la maladresse de rédaction ». Viangalli, *La théorie de conflits de lois*, *supra* note 489 à la p. 214.

Étant donné que la directive sur les clauses abusives se propose, avant tout, de rapprocher les droits privés substantiels en vigueur dans les États membres⁴⁹⁵, on se demande comment le caractère « délibérément vague » de « lien étroit » qui implique forcément une transposition divergente entre les États membres, pourra servir cet objectif. Il aurait été préférable que la directive ne contienne pas une règle de conflit spéciale puisque la *Convention*, et ensuite le *Règlement de Rome*, prévoient des correctifs déjà suffisants. Dans le cadre des travaux préparatoires à la proposition de *Règlement de Rome*, le GEDIP proposait une rédaction de la règle de conflit pour les contrats de consommation qui aurait permis l'abrogation des règles de conflit contenues dans toutes les directives⁴⁹⁶. « Une occasion de simplification a été manquée »⁴⁹⁷ puisque selon l'article 23, consacré à la priorité du droit communautaire, le *Règlement de Rome* « n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles »⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ *Directive sur les clauses abusives*, *supra* note 124, art. 1.

⁴⁹⁶ GEDIP, « Protection des consommateurs (Rome I) » (2000) 89 *Rev. crit. D.I.P.* à la p. 929.

⁴⁹⁷ Gaudemet-Tallon, fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 72.

⁴⁹⁸ À l'exception de l'article 7 concernant les contrats d'assurance. Nous rappelons que cette analyse, bien que concentrée sur la directive sur les clauses abusives, concerne toutes les directives contenant une règle de conflit spéciale. Pour une discussion sur la directive sur le commerce électronique, voir ci-dessous partie II, titre II, chap. I, sec. II.B.

PARTIE II

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Cette partie consiste à vérifier l'interrogation principale de notre travail, à savoir l'adéquation du droit international privé à régir les relations cyberspatiales⁴⁹⁹, et plus précisément la conformité de ses solutions en matière de commerce électronique. Il

⁴⁹⁹ Le terme « cyberspace » est emprunté à un roman de science-fiction que William Gibson écrit en 1984 (*Neuromancer*) et désigne de nos jours un « lieu imaginaire appliqué métaphoriquement au réseau Internet et dans lequel les internautes qui y naviguent s'adonnent à des activités diverses ». Office québécois de la langue française, en ligne : [granddictionnaire.com](http://www.granddictionnaire.com) <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index1024_1.asp> (consulté le 10/10/2010). Nous utilisons ce terme par commodité de langage sans que cela signifie notre adhésion à la doctrine prônant l'existence d'un endroit en soi. Sur ce point, voir, ci-dessous « la nature du cyberspace ».

importe de rappeler que le sujet est controversé⁵⁰⁰ et que des courants de pensées diamétralement opposés s'affrontent. D'une part, on constate une défense continentale acharnée de l'applicabilité des règles, et de l'autre une méfiance américaine notable. La position dominante des auteurs américains est le fruit d'un constat hâtif d'incapacité pour ensuite prôner un droit matériel transnational (*lex electronica* ou *lex informatica*), alors qu'on reproche au courant continental une vérification théorique qui fait abstraction de la réalité pratique. Le système dualiste adopté par le *Règlement de Rome*, et dans une moindre mesure par le *Règlement de Bruxelles*, nous incite à vérifier premièrement l'impact de la technologie sur le principe de l'autonomie de volonté (Titre 1) puis sur les règles de conflits objectives ou subsidiaires (Titre 2). Les problèmes juridiques que l'Internet et le commerce électronique qui se développe à travers lui soulèvent en matière de droit international privé, découlent des caractéristiques techniques du moyen utilisé. Leur étude constitue donc une étape obligée et préalable à cette évaluation.

Si le droit international privé est parfois présenté comme une « science des broussailles »⁵⁰¹, ce n'est certainement pas en s'interrogeant sur son adéquation en matière de commerce électronique qu'on sera conduit à penser le contraire. Cependant, il nous faut préciser que la technicité développée de l'Internet sera écartée, son étude n'étant ni indispensable ni souhaitable. Éviter cette complication est conforme à la pensée juridique voulant qu'« il existe toujours en droit des seuils de complexité à ne pas dépasser sous peine de ne plus avoir prise sur les réalités et les

⁵⁰⁰ Même si l'on constate que le débat est devenu moins passionné par les réformes étatiques déjà entreprises à ce sujet, il nous importe de nous prononcer sur leur opportunité.

⁵⁰¹ Edmond Eugene Thaller, *Des faillites en droit comparé: avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, Paris, t. 2, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1987, n. 234. Cette notion est ensuite reprise par plusieurs auteurs, citons par exemple Bruno Oppetit, « Le droit international privé, droit savant » (1992) 234 R.C.A.D.I. 331 à la p. 377; Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le droit international privé à l'épreuve des réseaux », dans Georges Chatillon (dir.), *Le droit international de l'internet: actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le*

esprits »⁵⁰². Aussi, outre la description des caractéristiques de l'Internet, nous nous limiterons à une présentation générale du mécanisme par lequel se pratique le commerce électronique, tout en apportant des précisions terminologiques jugées nécessaires pour la bonne compréhension du sujet. Cette approche présente le mérite d'éviter un enchevêtrement inextricable qui a conduit certains auteurs à formuler des propositions erronées ou du moins inopportunes⁵⁰³. Bref, la remise en cause de l'applicabilité du droit international privé trouve son origine dans les caractéristiques techniques de ce media et leur description aide à mieux saisir leur incidence.

L'Internet et le commerce électronique qui se développe à travers lui, constituent l'aspect le plus récent et le plus manifeste de la globalisation des échanges ayant caractérisé le commerce international⁵⁰⁴. Les origines de l'Internet remontent à la fin des années 50 avec la création par le Ministère de la Défense Américain de l'ARPA et la mise en œuvre en 1969 du réseau *Arpanet* à l'Université de Californie, établissant une liaison entre quatre ordinateurs. À la base se trouve le réseau, soit « un lien entre plusieurs ordinateurs, grâce auquel ils échangent des informations »⁵⁰⁵. Les commerçants ont pu bénéficier de cette technologie pour pratiquer l'échange de

Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje, Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p. 55.

⁵⁰² Oppetit, *ibid.*, à la p. 378.

⁵⁰³ Il s'agit des caractéristiques techniques de l'Internet qui ont évoqué chez quelques-uns le mythe du vide juridique et la métaphore d'un nouvel espace, le Cyberspace. Nous sommes parfaitement conscient que le sujet concerne des questions de politiques juridiques et que le fait de qualifier les autres approches d'« erronées » comporte une part de subjectivité et exprime une vision positiviste du sujet. Une part de subjectivité est de toute façon inévitable, et comme le décrit Georges Abi Saab dans son cours général de droit à l'Académie de droit international de La Haye, « nous nous efforçons subjectivement d'être objectifs [mais] nous restons objectivement un peu subjectifs » : « Cours général de droit international public » (1987) 207 R.C.A.D.I. à la p. 29. Nous nous empressons de signaler que notre étude se veut une réflexion aussi objective que possible et ne s'inscrit pas nécessairement dans une optique positiviste, puisqu'il s'agit de vérifier l'adéquation des règles du droit international privé en matière de commerce électronique et non pas de justifier leur applicabilité.

⁵⁰⁴ En général, sur cette question, voir Draetta, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, *supra* note 4 à la p. 17 et s. Voir aussi, Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 à la p. 95 et s.

données informatisées - appelé E.D.I.⁵⁰⁶ - qui s'effectue en cercle fermé⁵⁰⁷. C'est ainsi que l'Internet ou bien l' « INTERconnected Networks »⁵⁰⁸ marque une véritable rupture qualitative avec ces réseaux fermés. La naissance du service Web au début des années 90, témoigne du début de l'Internet marchand, avec l'apparition puis la multiplication à partir de 1994 des sites dédiés aux activités commerciales les plus variées. L'Internet est défini comme un :

Réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destiné à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers. Il fonctionne en utilisant un protocole commun qui permet l'acheminement de proche en proche de messages découpés en paquets indépendants. L'acheminement est fondé sur le protocole IP (Internet Protocol), spécifié par l'Internet Society (ISOC). L'accès au réseau est ouvert à tout utilisateur ayant

⁵⁰⁵ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 181.

⁵⁰⁶ Le sigle E.D.I. renvoie à l'expression anglo-saxonne *Electronic Data Interchange* et désigne « le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information ». CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce international et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation*, New York, Nations-Unies, 1996, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html (visité le 10/10/2010).

⁵⁰⁷ On retrace par cette pratique le fondement du commerce électronique dans sa conception inter-entreprises avant l'envergure multi-sectorielle et transnationale revêtue au début des années 80, grâce à l'adoption de normes à vocation régionale puis planétaire. Voir Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, supra note 5 à la p.1. Les réseaux fermés de télécommunication ont ainsi favorisé la conclusion des contrats à distance dans des secteurs divers comme l'industrie, la distribution ou le milieu bancaire. On pense par exemple à AOL (*America Online*) et S.W.I.F.T. (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*).

⁵⁰⁸ Sur la question linguistique concernant la précision du terme, et celle de savoir s'il faut dire « Internet » au lieu de « l'Internet », l'Office québécois de la langue française considère que « l'utilisation de l'article [défini] n'est pas nécessaire devant le mot Internet, qui est considéré comme un nom propre ». Cependant, la pratique courante influencée par l'origine anglaise du terme, où on utilise l'article défini « the » lorsqu'on veut désigner le réseau Internet, n'est pas condamnée puisque « *Internet* peut être considéré comme une forme abrégée du terme *réseau Internet* qui, lui, commande l'article ». Office québécois de la langue française, supra note 499.

obtenu une adresse auprès d'un organisme accrédité. La gestion est décentralisée en réseaux interconnectés⁵⁰⁹.

Il s'agit donc d'un réseau ouvert, global et décentralisé⁵¹⁰, où l'instantanéité de la circulation de l'information se double de la simultanéité des échanges. Les caractéristiques juridiquement importantes de l'Internet peuvent être regroupées en trois thèmes principaux, à savoir, l'interactivité, la délocalisation et la dématérialisation.

- L'interactivité : L'Internet permet d'interagir en direct avec d'autres usagers, mais aussi et plus généralement avec une multitude de sources d'information. Le caractère interactif des communications effectuées par la voie des réseaux est souligné par plusieurs auteurs, bien qu'il soit défini et perçu différemment. Pour

⁵⁰⁹ Commission générale de terminologie et de néologie, *supra* note 1. L'adresse IP désigne le « numéro constitué de quatre nombres entiers séparés par des points, qui identifie de façon unique un ordinateur connecté au réseau Internet et en permet la localisation ». Office québécois de la langue française, *supra* note 499. Cependant, Mme Guillemard fait remarquer que les utilisateurs individuels n'ont pas d'adresse IP fixe et c'est le fournisseur qui en attribue une, lors de chaque session. Donc, « à chaque branchement, l'utilisateur a une identification cyberspatiale différente ». Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 182. Voir aussi James Fawcett, Jonathan Harris et Michael Bridge, *International sale of goods in the conflict of law*, Oxford, Oxford University Press, 2005 à la p. 497.

⁵¹⁰ L'Internet s'oppose aux réseaux dits « fermés » dont l'accès est contrôlé par une entité identifiable en ce qu'il n'a pas d'autorité centrale et n'appartient à personne : « *No single organization controls any membership in the Web, nor is there any centralized point from which individual Web sites or services can be blocked* » : *Cyberspace, Communications, Inc. c. Engler*, 55 F.Supp. 2d 737, point n. 7 (E.D. Mich. 1999). Selon Olivier Cachard, cette incoercibilité ne doit pas être exagérée, puisque « la contrainte peut toujours être exercée au point d'entrée de l'information sur le réseau ». Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 3. Sans vouloir entrer dans les détails techniques, cette position dans sa forme affirmative est loin d'emporter l'adhésion, et les conclusions des experts dans l'affaire Yahoo en témoignent. Voir, TGI Paris, 20 novembre 2000, *LICRA et UEJF c. Yahoo ! Inc. & Yahoo France*, Comm. com. électr.2000. comm. n°92, note J-Chr. Galloux, en ligne : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf> (consulté le 14 novembre 2010). Plus récemment, voir Dan Jerker B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2007 à la p. 30, 40; « [...] un zonage total ne semble guère réalisable et une discrimination géographique apparaît difficile à mettre en œuvre » : Thomas Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p. 74.

Pierre Trudel, « les communications « en ligne » sont interactives en ce sens qu'elles permettent aux usagers de retrouver l'information qu'ils désirent et de choisir les types de communications dans lesquels ils veulent s'engager »⁵¹¹. Une autre conception repose sur la nature du site web et distingue le site « passif » du site « interactif »⁵¹². Cette distinction est une question fondamentale en matière des règles de conflit spéciales et nous y reviendrons plus tard. Pour l'instant, il suffit de noter qu'un site est jugé « passif » lorsqu'il est utilisé à des fins publicitaires; « *information is simply posted on a website which is accessible to users* »⁵¹³, alors qu'un site est dit « interactif » lorsqu'il permet l'échange d'informations entre l'utilisateur et le serveur⁵¹⁴ :

*[...] shopping online may take the form not only of contracting via the internet but also of providing information about a product, including its price, and allowing an order form to be printed from the site, a facility for recipients to check the status of their purchases and a possibility of communicating directly with online sales staff to facilitate purchasing via email*⁵¹⁵.

⁵¹¹ Pierre Trudel et al., *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 à la p. 2.

⁵¹² Fawcett, *International sale of goods in the conflict of laws*, supra note 509 à la p. 499.

⁵¹³ *Zippo Manufacturing Company c. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (W. D. Pa. 1997). « *The website may be being used as a form of advertising and to that extent what is happening is essentially no different from a company placing an advert in a newspaper or magazine or on the television* ». Fawcett, *ibid.* à la p. 500.

⁵¹⁴ *Ibid.* Le serveur est défini comme tout « matériel, logiciel ou système informatique destiné à fournir un service déterminé à d'autres systèmes informatiques ou à des utilisateurs connectés sur un réseau ». Commission générale de terminologie et de néologie, supra note 1. En d'autres termes, on parle de relation serveur-client dans la mesure où les serveurs – gérés par des professionnels – mettent à disposition des clients, des ressources diverses (fichiers, bases de données, page web, etc.).

⁵¹⁵ *Mieczkowski c. Masco Corp.*, 997 F.Supp. 782 (US District Court, ED Texas 1998). Il y a lieu de préciser que ce schéma réducteur ne rend pas compte de toute la complexité de cette question et il convient pour mieux saisir les nuances qui sous-tendent cette distinction de voir les développements consacrés à la méthode du ciblage. Voir, ci-dessous, chap. II, sec. IIB.

Enfin, la nature interactive de l'Internet a été examinée sous l'angle de la technologie *push/pull*⁵¹⁶.

- La délocalisation : À son tour, cette caractéristique fait l'objet d'une perception confuse en doctrine et il importe pour bien saisir son sens de la replacer dans son contexte. Dans les faits, cette notion est intimement liée à celle de l'ubiquité et englobe dans un cadre plus large la nature « déterritorialisée » des activités « en ligne »⁵¹⁷.

L'information affichée sur une page Web est dotée d'ubiquité, puisqu'elle peut être disponible et obtenue simultanément en n'importe quel point du réseau⁵¹⁸. Cela signifie que cette information circule « à la fois partout et en aucun endroit déterminé

⁵¹⁶ Svantesson, *PIL and the Internet*, *supra* note 510 à la p. 40. Typiquement, le « *pull* » est la démarche qui consiste à aller chercher l'information alors que le « *push* » revient à envoyer des informations. En d'autres termes, « *push media* » désigne la diffusion sélective ou la distribution personnalisée. L'information est poussée vers l'utilisateur; c'est le media qui pousse l'utilisateur, ce n'est plus l'utilisateur qui choisit par une recherche individuelle. Voir Hubert Bitan, « Comprendre les mots de l'internet - Glossaire » (2000) 167 Gaz. Pal. 4 à la p. 19. Il est communément admis que le Web est une technologie de type « *pull* » par opposition à d'autres moyens de communication de type « *push* », comme la télévision et la radio. Ceci est vrai dans la mesure où l'on considère que les médias « *push* » sont des technologies de communications synchrones – simultanéité de l'émission et de la réception de l'information – tandis que celles de type « *pull* » sont des technologies de communications asynchrones – non-simultanéité de l'émission et de la réception de l'information. En revanche, cette distinction s'estompe si l'on considère la nature interactive de l'Internet, où l'information est « recherchée - *pulled* » par l'utilisateur, et « envoyée - *pushed* » par le fournisseur. Partant, « [...] *the push and pull distinction is, in this context, worthless at best and misleading at worst* ». Svantesson, *ibid.* à la p. 42.

⁵¹⁷ La frontière entre ces caractéristiques est parfois peu claire, ce qui explique peut-être une tendance chez certains auteurs à tout confondre. Il suffit pour s'en convaincre de comparer leurs écrits pour constater qu'ils ne parlent pas de la même chose. La confusion règne à tel point, que deux auteurs considèrent que la dématérialisation des transactions est derrière le problème de l'identification des parties. Voir Henri Isaac et Pierre Volle, *E-Commerce : De la stratégie à la mise en œuvre opérationnelle*, Paris, Pearson Education France, 2008 à la p. 134.

⁵¹⁸ Le fait qu'une information soit disponible en même temps, à plusieurs endroits sur le réseau, est possible grâce au site dit « miroir ». Il est défini comme un « site Internet constituant une copie à l'identique d'un site original, mais placée sur d'autres serveurs répartis à travers le monde, afin d'en optimiser la diffusion et d'éviter l'encombrement du réseau ». Office québécois de la langue française, *supra* note 499.

[...] »⁵¹⁹. Le flux d'information ignore les frontières terrestres, du fait qu'il repose sur des données purement physiques. Ainsi entendue, la notion de délocalisation signifie que « les communications qui utilisent les *bit[s]* ne peuvent être localisées, même par l'identification du *server* auquel on demande l'accès, étant donné que celui-ci peut automatiquement être contourné ou dupliqué (à travers des soi-disant *mirrors*) »⁵²⁰. L'utilisateur « ignore généralement les supports et les routes empruntés réellement par les informations envoyés et reçus »⁵²¹.

L'effet combiné de toutes ces caractéristiques se traduit par une altération de notre conception spatio-temporelle⁵²² ; la question des liens physiques qu'entretient ce réseau « a-national » avec le territoire des États se pose alors avec acuité. On se demande si cette technologie permet l'identification et la localisation des parties. Cette question relève d'une caractéristique distincte de l'Internet, à savoir la déterritorialisation des activités⁵²³ où « les notions de lieu physique et de frontières ne riment à rien au sein même du cyberspace »⁵²⁴ :

Messages can be transmitted from any physical location to any other location without degradation, decay, or substantial delay, and without

⁵¹⁹ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 189.

⁵²⁰ Draetta, *Internet et commerce électronique*, supra note 4 à la p. 47.

⁵²¹ Arnaud Dufour, *Internet*, 6^e éd., Paris, P.U.F. 1998 à la p. 6. Dans le même sens, Draetta, *ibid.*; *Cyberspace, Communications, Inc. v. Engler*, supra note 510, point n. 36 : « *the Internet is a redundant series of linked computers over which information often travels randomly* ».

⁵²² L'Internet a été accusé d'avoir « assassiné l'espace et le temps ». Voir, Nancy Risacher, « Le procès de l'Internet » (1998) 102 Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux 1-8.

⁵²³ Dans la littérature juridique anglaise, on parle de « *lack of jurisdictional boundaries* » ou encore de « *geographical independence* ». Voir respectivement, Brian Boone, « Bullseye!: Why a "targeting" approach to personal jurisdiction in the e-commerce context makes sense internationally » (2006) 20 Emory Int'l L. Rev. 241 à la p. 245 et Svantesson, *PIL and the Internet*, supra note 510 à la p. 31.

⁵²⁴ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 189; David G. Post, « Anarchy, State and the Internet : An essay on law-making in cyberspace » (1995) 3 J. Online L. para. 36, en ligne : <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html> (visité le 22/11/2010); « *The Internet is not merely multi-jurisdictional, it's almost a-jurisdictional: physical location, and physical boundaries, are irrelevant in this networked environment [...]*»; *Cyberspace, Communications, Inc. v. Engler*, supra note 510, point n. 28 : « *The internet is insensitive to geographic location and is designed to ignore rather than document geographic location* ».

*any physical cues or barriers that might otherwise keep certain geographically remote places and people separate from one another. The Net enables transactions between people who do not know, and in many cases cannot know, the physical location of the other party*⁵²⁵.

Dans les faits, l'information n'est disponible que si un ordinateur dénommé « serveur » la maintient à la disposition des « ordinateurs clients » qui en font la demande. Or, un ordinateur portable peut très bien faire office de serveur et donc être déplacé très facilement et rapidement⁵²⁶. De surcroît, l'adresse URL n'est pas significative de l'emplacement réel du serveur qui héberge le site Web, et ne donne aucune indication intelligible ni sur la société ni sur le lieu dans lequel elle se trouve⁵²⁷. La remarque vaut également pour les adresses de messagerie électroniques transitant par le Web⁵²⁸. Pour Sylvette Guillemard « seule importe la localisation des machines (ordinateurs) dans l'espace virtuel, localisation déterminée par le système

⁵²⁵ David Johnson et David Post, « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace » (1995) 48 *Stan. L. Rev.* 1367 à la p. 1370.

⁵²⁶ En ce sens, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, supra note 506 au para. 100. Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 à la p. 14 : « *The person sending the message and the person receiving it are unlikely to know where any intermediate servers are located* »; Fawcett et al., *International sale of goods in the conflict of laws*, supra note 509 à la p. 498 : « *For here's the important point: given the architecture of the Internet, it doesn't matter where in real space the server is set up. Access doesn't depend on geography* ».

⁵²⁷ Fawcett, *ibid.* : « *A domain name is not a reliable indicator of where a computer is located because the computer may be physically moved without any change in domain name. Nor will the receiver of the message necessarily know where the computer from which it originated is located. A provider of digitized products may set up a number of mirror sites to speed up the transfer of information* »; *Cyberspace, Communications, Inc. v. Engler*, supra note 510, point n. 29 : « *While computers on the network do have "addresses," they are digital addresses on the network rather than geographic addresses in real space. The majority of Internet addresses contain no geographic indicators. La question se complique avec la navigation à l'aide des liens hypertextes qui permettent un déplacement d'un site à un autre sans que l'utilisateur y soit nécessairement conscient. L'hypertexte est défini comme « un lien informatique qui permet d'associer entre eux des documents et qui donne à l'utilisateur la possibilité d'accéder instantanément [sic] au document ainsi relié* ». Trudel, *Droit du cyberspace*, supra note 511 à la p. 1-12.

⁵²⁸ *Cyberspace, Communications, Inc. v. Engler, Ibid.*, point n. 35 : « *Because most e-mail accounts allow users to download their mail from anywhere, it is impossible for someone who sends an e-mail to know with certainty where the recipient is located geographically* ».

en fonction de l'adresse IP »⁵²⁹. Il est possible que cette localisation ne corresponde pas nécessairement au lieu d'établissement ou de résidence habituelle des parties; [...] *a company may be domiciled in State A, carry on its activities in relation to its internet business, such as writing and editing information and billing recipients, in State B, and place information which is to be available to recipients on a web-server in State C*⁵³⁰. Par ailleurs, technique et mobilité vont de pair, et l'accès au réseau par le biais des ordinateurs « portables » et des téléphones « mobiles » ou « cellulaires » est de plus en plus fréquent. On l'a déjà établi, les utilisateurs individuels n'ont pas d'adresse IP fixe et la navigation sur Internet se fait d'une manière intrinsèquement anonyme⁵³¹. Bref on constate, d'après ces cas de figure, que le lien entre le réseau et nos repères territoriaux est fragile et que les données fournies par la technique ne sont aucunement pertinentes à cet égard.

- La dématérialisation : Celle-ci est une conséquence logique de la numérisation des données. Elle désigne tout simplement « la disparition du support matériel »⁵³². L'absence du support matériel ne signifie guère que les informations y sont dématérialisées, et « ce n'est que par métaphore que les auteurs parlent de communications immatérielles »⁵³³. Dans la même veine, Pascal Robert fait remarquer que la seule différence entre un texte en format papier et son analogue en format numérique, réside dans le fait que le premier est constamment disponible à la lecture, tandis que l'autre « est enfoui dans la mémoire - c'est-à-dire au sein même de

⁵²⁹ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 189.

⁵³⁰ Fawcett *et al.*, *International sale of goods in the conflict of laws*, supra note 509 à la p. 498.

⁵³¹ Boone, « Bullseye », supra note 523 à la p. 247: « *Consumer scan also maintain nearly impenetrable anonymity throughout their « visit » to a website. Names as well as geographic locations and virtually any other piece of information pertinent to the completion of a valid contract can be falsified* ». Il existe d'ailleurs des techniques favorisant l'anonymat en ayant recours par exemple à des serveurs ou des logiciels dits « anonymisateurs ». Voir à ce sujet, Trudel *et al.*, *Droit du cyberspace*, supra note 511 à la p. 11-59 et s.

⁵³² Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, supra note 5 à la p. 20.

⁵³³ Pierre Breese et Gautier Kaufman, *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2000 à la p. 18.

l'outil de mémorisation, disquette, disque dur, CD-Rom ou DVD peu importe »⁵³⁴. Dès lors, « l'information ne s'en trouve pas dématérialisée, mais virtualisée, en ce sens qu'elle n'est plus directement accessible à nos sens parce qu'elle est engluée dans la matière, littéralement matérialisée »⁵³⁵.

Cette précision sémantique conduit à justifier le maintien de la distinction classique entre notions de « biens » et de « services »⁵³⁶. La numérisation de certains produits disponibles également sous forme matérielle, comme les livres et les œuvres musicales, n'affecte pas leur qualification. C'est ce qui ressort de l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique où le commerce électronique est défini comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens et de services »⁵³⁷. Cette distinction est consacrée par les textes communautaires européens et notamment par la directive sur le commerce électronique⁵³⁸. Pourtant, cette conception est critiquée par certains auteurs qui considèrent que « les fournitures opérées en ligne sont qualifiables de prestations de services, même si elles portent sur des « biens »

⁵³⁴ Pascal Robert, « Critique de la dématérialisation » (2004) 140 Communications et langages 55 à la p. 57.

⁵³⁵ *Ibid.* Il n'en reste pas moins que cette virtualité, soit l'absence d'un *instrumentum* au sens strict de du terme, emporte de graves conséquences en matière de formalité et de preuve ainsi qu'en matière de distinction entre fait et acte. Malgré notre adhésion à cette thèse, nous continuons d'utiliser les termes « immatériel » et « dématérialisation » uniquement par commodité de langage.

⁵³⁶ Les développements qui suivent concernent la nature du « produit » transmis « en ligne » et ne touchent pas la question de la qualification du contrat conclu entre les parties. Sur cette question voir ci-dessous, titre II, chap. I, sec. IA.

⁵³⁷ *LCEN*, *supra* note 5.

⁵³⁸ *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*, [2000] J.O. L178/1. Le considérant 18 de cette directive indique que fait partie des « services de la société de l'information » l'activité commerciale qui consiste à vendre des biens « en ligne ». Au considérant 17, cette expression désigne « tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

susceptibles d'être fournis sur support physique »⁵³⁹. Cet argument, dénué de tout fondement, témoigne d'une méconnaissance stupéfiante des caractéristiques de l'Internet ainsi que de son mode de fonctionnement. Il repose sur la notion trompeuse de « dématérialisation » des échanges « en ligne » comme l'atteste le commentaire suivant :

Il convient de remarquer que l'expression « assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens » relève de manière étonnante du registre d'une législation futuriste sur la télétransportation, c'est-à-dire du transport par voie d'ondes électromagnétiques des objets physiques préalablement dématérialisés, puis reconstitués à leur point d'arrivée [...] ⁵⁴⁰.

Une même œuvre musicale peut être acquise par l'achat d'un CD ou par la voie d'un téléchargement. Si l'on suit ce raisonnement, il s'agira dans le premier cas d'une livraison de bien, et dans le second d'une prestation de service⁵⁴¹. Cela revient à dire que la qualification du produit, voire sa nature même, est tributaire de son mode d'exécution, et plus largement de l'« environnement » dans lequel il est fourni, ce qui est pour le moins illogique. La distinction largement répandue en doctrine entre commerce électronique direct et commerce électronique indirect⁵⁴², fonctionne sur une dichotomie entre « monde réel » et « monde virtuel ». Il convient donc de se

⁵³⁹ Thibault Verbiest, *Le nouveau droit du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2004 à la p. 113.

⁵⁴⁰ France, Sénat, Commission des affaires économiques, « La confiance dans l'économie numérique. Avis du Sénateur Alex Türk, fait au nom de la commission des lois », Avis n° 351 (11 juin 2003), en ligne : [senat.fr <http://www.senat.fr/rap/a02-351/a02-351.html>](http://www.senat.fr/rap/a02-351/a02-351.html) (consulté le 23/11/2010), cité par Verbiest, *ibid.*, à la p. 115.

⁵⁴¹ Sur une critique de cette approche, voir Morten Foss, Lee Bygrave, « International consumer purchases through the Internet : Jurisdictional issues pursuant to European law » (2000) 8 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 99 à la p. 109 : « [...] *when the products which are delivered would not be classified as services if they were to be delivered by other (offline) means, it is hard to see why they should be classified as services simply because they are delivered online* ».

⁵⁴² Voir ci-dessus, Introduction.

pencher sur cette question et de vérifier si la technique a « déclenché la création d'un nouvel espace »⁵⁴³, à savoir le cyberspace⁵⁴⁴.

- La nature du cyberspace.

Deux courants de pensée s'opposent quant à la qualification du « cyberspace »; pour le premier il constitue un nouvel espace, pour le second il s'agit d'un moyen de communication. Encore, faut-il rappeler que le véritable enjeu concerne le cadre réglementaire des activités qui se déroulent « en ligne ».

Prenant appui sur les caractéristiques du réseau, une école de pensée présume que le droit international privé est inadapté aux nouvelles technologies, et prône de ce fait une approche transnationale justifiée par l'existence d'un nouvel espace⁵⁴⁵. Cette approche repose sur des conceptions différentes du cyberspace et du droit applicable. Ainsi peut-on distinguer :

⁵⁴³ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 198.

⁵⁴⁴ Nous aurions préféré éviter la discussion sur le sujet, puisqu'il n'est plus d'actualité et ne représente aujourd'hui aucun intérêt pratique : « *With the improved understanding of e-commerce, researchers gradually turned more realistic and started to realize the challenge brought by e-commerce could mostly be technical which can be solved by updated interpretations* ». Zheng Sophia Tang, *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*, Oxford, Hart Publishing, 2009 à la p. 18. Dans le même sens le professeur Passa observe : « On ne trouve plus guère aujourd'hui, heureusement, de partisans de l'application au contrat électronique international d'une loi du cyberspace, ou *lex electronica*, qui, en raison de la prétendue inexistence d'un droit suffisamment adapté à cet espace, constituerait une réglementation transnationale applicables aux activités en réseau, équivalent de la *lex mercatoria* pour des relations qui n'ont en réalité de virtuel que le nom; rien n'établit l'existence, ni la nécessité d'une telle « loi ». Jérôme Passa, « Le contrat électronique international : Conflit de lois et de juridictions » (2005) 5 *Comm. com. électr.* Étude 17, introduction. En fait, cette réflexion repose sur de fausses prémisses, en exagérant les caractéristiques techniques du réseau et en assumant l'incapacité du droit à régir les activités véhiculées en ligne. Or, ce domaine connaît depuis un certain temps une inflation législative. L'on a même pu évoquer il y a dix ans « l'émergence d'un droit européen du commerce électronique » : Voir, Patrick Thieffry, (2000) 36 *RTD* 649. Le discours sur des alternatives normatives a depuis cessé de prospérer. Cependant, Sylvette Guillemard relance le débat et plusieurs thèses universitaires récentes reproduisent à l'identique ses propos. Vu l'influence de sa thèse en la matière et comme son argument nous semble réfutable, le sujet mérite, nous semble-t-il, d'être évoqué de nouveau.

⁵⁴⁵ Olivier Cachard relève à juste titre que ce constat hâtif d'inadaptation repose sur la vision schématique d'un droit international privé réduit au territorialisme. Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 12.

- la thèse de la « souveraineté du réseau » : le cyberspace constitue un espace autonome et séparé du territoire des États, espace qui devrait être régi par des règles autonomes fixées par ses acteurs⁵⁴⁶. [Autorégulation].

- la thèse de la « *lex electronica* » : le cyberspace est un environnement qui devrait être régi par un corps de règles et d'usages, vu comme le produit de la communauté du commerce électronique⁵⁴⁷. [Analogie avec *la lex mercatoria*].

- la thèse de l'« espace international » : le cyberspace est considéré comme un espace extra-territorial, international *per se*, qui devrait être régi par une convention internationale⁵⁴⁸. [Analogie avec l'espace extra-atmosphérique].

Ces trois thèses ont pour dénominateurs communs, la présomption de l'inadaptation du droit international privé aux évolutions technologiques et la nécessité d'une approche transnationale. Une discussion profonde sur la nature du réseau est totalement absente de leur réflexion et le défi posé par ses caractéristiques techniques est suffisant, à leurs yeux, pour reconnaître la scission artificielle entre l'Internet et le territoire des États. Récemment, la validité de ce postulat a été vérifiée

⁵⁴⁶ Post et Johnson, « Law and borders – The rise of law in cyberspace », *supra* note 525 à la p. 1367 : « Separated from doctrine tied to territorial jurisdictions, new rules will emerge, in a variety of online spaces, to govern a wide range of new phenomena that have no clear parallel in the nonvirtual world. These new rules will play the role of law by defining legal personhood and property, resolving disputes, and crystallizing a collective conversation about core values ».

⁵⁴⁷ Pierre Trudel, « La *lex electronica* » dans Charles-Albert Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p. 5; Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », (1997) 5 *Int'l Bus. L.J.* 547-579. On parle aussi de la « communauté virtuelle ». Voir James Alexander Graham, *L'Internet est un nouvel espace international au sens du droit international public*, extraits de la thèse doctorale, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, en ligne : [alfa-redi.org](http://www.alfa-redi.org) <http://www.alfa-redi.org/gic/cyberspace_thesis.pdf> (consulté le 28/11/2010). Voir le jugement du tribunal de grande instance de Paris, pour qui les utilisateurs de l'Internet ne sont « nullement liés par une communauté d'intérêts » : TGI Paris, ord. réf, 30 avril 1997, *Société ESIG*, en ligne : [legalis.net](http://www.legalis.net) <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=32> (consulté le 27/11/2010).

par un auteur qui a admis l'existence d'un « espace-étendue » au sens du droit international public⁵⁴⁹.

L'admissibilité de cette thèse exige préalablement la preuve de la présence d'un « espace » (*stricto sensu*), pour préciser dans une étape ultérieure son statut juridique. Or, l'argument invoqué dans ce contexte est peu convaincant et manque de poids, puisqu'il présente le défaut d'un raisonnement circulaire et se fonde sur de fausses prémisses.

Sylvette Guillemard considère que « l'espace est [...] un « concept » dans lequel l'être humain évolue soit réellement soit « virtuellement » »⁵⁵⁰. Comme pour marquer la différence avec certains moyens de communication comme le téléphone, elle rappelle que relativement au commerce électronique direct, « les parties, [...] font plus que communiquer. Elles interagissent socialement, et ce, dans le cyberspace. Il ne s'agit donc pas seulement d'un moyen technique par lequel des personnes entrent en relation »⁵⁵¹.

Pour établir l'existence d'un nouvel espace, Mme Guillemard se base sur le potentiel du réseau et plus précisément sur les activités qui s'y déroulent. Pour éviter l'écueil d'une nature fluctuante, soit une différence de nature en fonction de l'activité exercée (cas du commerce électronique indirect), elle dresse un parallèle entre l'achat où le client ne fait que commander en ligne et l'achat où le client (touriste québécois) se rend à un endroit (librairie parisienne) et achète un produit (livre) qui lui sera expédié par la poste (exemplaires écoulés). Elle ajoute :

⁵⁴⁸ Jean-Jacques Lavenue, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis » (1996) 3 R.R.J. 811 à la p. 834.

⁵⁴⁹ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 219.

⁵⁵⁰ *Ibid.* à la p. 207.

⁵⁵¹ *Ibid.* à la p. 208.

Bien qu'il n'y ait pas exécution concomitante des obligations, peut-on nier que le Québécois se soit rendu dans un lieu précis, la librairie? Il serait pour le moins surprenant d'en déduire qu'il y a eu vente par le biais d'un moyen de communication⁵⁵².

Cette analogie est en effet trompeuse et tente de combler une lacune conceptuelle. N'est-ce pas là un remarquable exemple d'un raisonnement circulaire qui consiste à vérifier la démonstration en s'appuyant sur la conclusion? Sinon comment expliquer l'analogie que l'auteure présente? En d'autres termes, si la nature du cyberspace en tant qu'espace se détermine relativement aux activités qui s'y déroulent, comment admettre une inversion de rôle, et ce, par référence au cas où l'acheteur ne fait que commander⁵⁵³?

⁵⁵² *Ibid.* à la p. 209.

⁵⁵³ Cependant, Mme Guillemard fait preuve d'une extrême honnêteté en admettant la faiblesse de cette démonstration: «à défaut de preuve de l'existence du monde virtuel en tant qu'espace, si la démonstration ne convainc pas, pourquoi ne pas proposer un postulat, comme le font David Johnson et David Post et considérer le cyberspace «*as a distinct «place» for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the «real world»?*». *Ibid.* à la p. 212. On s'entend parfaitement avec l'auteure sur la nécessité du recours à la notion de fiction juridique et on admet volontairement son utilité relativement à l'analyse proposée ou à la norme édictée par la loi. Voir l'exemple de la notion de marché électronique systématisée par Olivier Cachard et entendue comme «la confrontation des offres et des demandes sur les réseaux électroniques ouverts», dans *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 8. Or, la recherche de Sylvette Guillemard «*visé à vérifier si les règles de droit international privé régissant les ventes classiques peuvent être transposées aux contrats de vente cyberspatiaux*», ce qui nous semble complètement en contradiction avec le postulat proposé. En d'autres termes, la scission proposée entre monde réel et monde virtuel se justifie si l'on plaide pour l'application d'un droit pluraliste (Johnson et Post plaident pour une autorégulation), mais se trouve fondamentalement antinomique avec une approche positiviste du sujet, à savoir une interrogation sur l'adaptation du droit international privé; la localisation des parties et des activités dans cette sphère immatérielle est dépourvue d'effet utile.

Si une approche socio-cognitive de l'espace est concevable⁵⁵⁴, il reste à démontrer son utilité sur le plan juridique. La thèse de Sylvette Guillemard se distingue, en ce qu'elle ne privilégie pas exclusivement une approche transnationale du réseau et se montre « sceptique sur l'existence de la *lex mercatoria numerica* »⁵⁵⁵. D'ici, on s'interroge sur la pertinence de cette construction intellectuelle, puisqu'elle arrive à la conclusion, évidente osons-le dire, que « la localisation cyberspatiale ne peut recevoir actuellement la qualification de facteur de rattachement »⁵⁵⁶.

Une approche plus réaliste du sujet consiste à dépasser la fiction d'un soi-disant cyberspace et de souligner la présence physique des contractants au lieu des activités véhiculées par le réseau : les opérateurs de commerce électronique ne peuvent évidemment agir qu'à partir d'un territoire national et à destination d'un ou plusieurs territoires nationaux⁵⁵⁷.

Ainsi entendu, le cyberspace est un moyen, ou plutôt un système, de communication et non un espace :

⁵⁵⁴ Cette expression ne signifie en rien notre adhésion au rapprochement effectué entre le cyberspace et l'espace international. Ce rapprochement est pour le moins douteux, puisque l'espace international ainsi qualifié correspond à une étendue abstraite mais dont la substance est matérielle; les notions de temps et de distance sont fonctionnels. Voir en ce sens, Gabrielle Kaufmann-Kohler, pour qui : « parce que le cyberspace n'est pas un espace, les analogies proposées [...] avec le régime juridique de la haute mer et l'espace extra-atmosphérique ne nous semble pas approprié » : « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges? » dans Katharina Boele-Woelki et Catherine Kessedjian, dir., *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* La Haye, Kluwer Law International, 1998 à la p. 90. Par ailleurs et sur le plan pratique, les activités dans l'espace international sont rares et exercées par un nombre restreint d'acteurs (les États), à la différence du cyberspace, caractérisé par une diversification d'activités et une multiplicité d'acteurs. Une convention internationale sur le cyberspace est difficilement concevable au vu des intérêts divergents des acteurs impliqués et de la nécessité d'une réglementation globale et non sectorielle.

⁵⁵⁵ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 369. Par souci de précision, notons que Mme Guillemard propose une convention internationale sur le cyberspace. Toutefois, notre critique demeure pertinente puisque l'auteur retient tout au long de son étude une qualification du cyberspace au sens du droit international public, et ce, pour une analyse en droit international privé.

⁵⁵⁶ *Ibid.* à la p. 365.

⁵⁵⁷ Passa, « Le contrat électronique international », *supra* note 544, « Introduction ».

*While technology changes how parties communicate, it does not and can not change the fact that parties themselves exist in physical space—the key to any jurisdictional analysis. Cyberspace may be a “place,” but it is inhabited by bits and bytes, not by people. It may change how people understand their boundaries, and thus affect their state of mind, but in the end it is a means of communication*⁵⁵⁸.

Mme Kaufmann-Kohler tire une conclusion semblable :

Il ne s'agit pas d'un espace, d'un lieu ou de lieux, mais d'un moyen de communication. Par opposition aux moyens de communication classiques, tels le téléphone ou la télécopie, qui relie en principe deux interlocuteurs, les réseaux connectent un très grand nombre d'utilisateurs. Ils n'en restent pas moins un moyen de communication, non un espace⁵⁵⁹.

D'aucuns pensent que cette conception souffre d'un vice fondamental, à savoir « le rejet de la spécificité des activités exercées par le biais d'Internet »⁵⁶⁰. Le professeur Draetta ajoute que « ni le droit interne, ni le droit international traditionnel

⁵⁵⁸ American Bar Association - Global Cyberspace Jurisdiction Project - « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: a Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet », London Meeting Draft, (Juillet 2000), en ligne : <http://www.abanet.org/dch/committee.cfm?com=CL320060> (visité le 27/11/2010). Voir aussi Lawrence Lessig, pour qui il ne peut y avoir de distinction subtile entre le cyberspace et le monde réel, puisque les effets des activités véhiculées sur le réseau se font sentir au monde réel : « The Zones of Cyberspace » (1996) 48 Stan. L. Rev. 1403. Dans le même sens, Jack Goldsmith critique les tenants de la théorie de l'espace indépendant et considère que « *they overstate the differences between cyberspace transactions and other transnational transactions. Both involve people in real space in one territorial jurisdiction transacting with people in real space in another territorial jurisdiction in a way that sometimes causes real-world harms. In both contexts, the state in which the harms are suffered has a legitimate interest in regulating the activity that produces the harms* ». Jack Goldsmith, « Against Cyberanarchy » (1998) 65 U.Chi. L. Rev. 1199 à la p. 1200.

⁵⁵⁹ Kaufmann-Kohler, « Internet: Mondialisation de la communication », *supra* note 554 à la p. 91.

⁵⁶⁰ Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *supra* note 510 à la p. 25. Dans le même sens, le professeur Draetta considère que ce courant de pensée s'efforce « à rattacher toute la discipline d'Internet et du commerce électronique au domaine du droit interne ou du droit international traditionnel [...], en négligeant les particularités du moyen technique utilisé ». Draetta, *Internet et commerce électronique*, *supra* note 4 à la p. 63.

apparaissent suffisamment appropriés pour régler les aspects juridiques d'Internet [...].⁵⁶¹

Force est de constater que le commerce électronique présente des spécificités techniques qui ébranlent à première vue l'applicabilité des règles de droit international privé. Aussi, convient-il de nous pencher sur l'interrogation posée par le professeur Draetta et de vérifier l'acuité du problème.

⁵⁶¹ Draetta, *ibid.* Par souci de précision, nous soulignons que le professeur Draetta est parmi ceux qui voient dans le réseau, un moyen de communication. Cependant, sa critique concerne les tenants de cette approche qui cherchent à minimiser les problèmes juridiques posés par la nature technique du moyen utilisé et concluent à l'adaptation des règles existantes.

TITRE I

L'IMPACT SUR LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Le conflit apparent entre la nature du réseau et la nature territoriale de certaines normes, confère au principe de l'autonomie de la volonté une supériorité évidente en tant que principe de rattachement. Plusieurs auteurs soulignent la nécessité du recours à ce principe pour éviter des conséquences fâcheuses en terme de localisation. Ainsi, Katherine Kessedjian observe qu'« il est indispensable que les sites marchands proposent à leurs clients, de manière claire, intelligible et facilement accessible, une clause de règlement des différends et de droit applicable »⁵⁶². Mais avant d'examiner l'influence de la technique sur la question de la validité de ces clauses de

⁵⁶² Katherine Kessedjian, « Rapport général » dans Georges Chantillon, dir., *Le droit international de l'Internet*, supra note 501 à la p. 647. Dans ce sens, Olivier Cachard affirme que seule la volonté « paraît apte à faire face à la dématérialisation du contrat et à la délocalisation des contractants ». *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 121.

rattachement (Chapitre 2) il faut déjà se pencher sur une question préalable, à savoir l'internationalité du contrat électronique, puisque l'applicabilité des systèmes juridiques examinés en première partie est subordonnée à la qualification du contrat international (Chapitre 1).

CHAPITRE I

L'INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

On a déjà démontré qu'à l'exception du régime spécial conçu pour la clause d'*electio juris*, le contrat doit être objectivement international et qu'il existe deux définitions pour déterminer ce caractère. La question de l'internationalité du commerce électronique est largement débattue en doctrine et l'interrogation principale consiste à savoir si l'ubiquité du medium utilisé permet de conclure à l'internationalité systématique du contrat. Certains auteurs se prononcent en ce sens et considèrent que « les contrats conclu[s] via l'Internet sont susceptibles d'être considérés comme internationaux, l'élément d'extranéité étant intrinsèque à la nature des réseaux numériques »⁵⁶³. D'ailleurs, certains considèrent que l'absence des frontières leur conféreraient automatiquement un caractère international⁵⁶⁴. D'autres s'expriment d'une façon plus nuancée et parlent du « caractère vraisemblablement international du contrat »⁵⁶⁵ ou raisonnent selon le syllogisme suivant :

⁵⁶³ Maury, *La Lex electronica*, supra note 8. Voir aussi Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « La loi applicable au contrat par électronique », supra note 8 à la p. 152; Huet, « Le droit applicable dans les réseaux numériques » supra note 8 à la p. 737.

⁵⁶⁴ « Dès l'instant où réseaux et Internet ne connaissent pas de frontières, il faut envisager les contrats du commerce électronique dans une perspective internationale ». Vivant et al., *Droit de l'informatique et des réseaux: informatique, multimédia, réseaux, internet*, supra note 9 à la p. 1450.

⁵⁶⁵ Catherine Kessedjian, « Aspects juridiques du e-trading : règlement des différends et droit applicable » dans Luc Thévenoz et Christian Bovet, dir., *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, vol. 6, Berne, Stämpfli, 2000, 65, cité par Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 288.

Le problème de la loi applicable ne se pose, par définition, qu'en cas de contrat ou de situation internationale. Or, le propre du réseau Internet est d'être international. Le problème de la loi applicable se posera donc dans la plupart des contrats conclus par le biais du Web⁵⁶⁶.

Une approche plus réaliste du problème consiste à contester « l'affirmation de l'essence internationale du contrat électronique »⁵⁶⁷, en tenant compte notamment de l'observation et des études qui font remarquer le caractère national, voire local des activités de vente à la consommation⁵⁶⁸. Dans cette lignée, Mme Kessedjian propose d'établir une présomption d'internationalité pour les contrats conclu ou exécuté par le truchement d'Internet, laquelle serait renversée s'il était démontré que tous les aspects de la transaction sont localisés dans un seul et même État⁵⁶⁹.

Quoi qu'il en soit, il semble que ce débat devrait être recentré sur la qualification du contrat international selon les définitions classiques déjà envisagées. À cet égard, on observe que la recherche des éléments objectifs d'extranéité s'avère plus difficile eu égard aux caractéristiques du réseau. Toutefois, son impact est limité aux notions qui font référence au concept de lieu - comme le lieu de conclusion ou d'exécution -, tandis que les autres critères retenus par la définition juridique - comme la nationalité des parties ou leur résidence - restent complètement fonctionnels. La définition économique qui s'appuie sur le « mouvement de flux et de

⁵⁶⁶ Haas, « Commerce électronique : une poudrière juridique », *supra* note 9. [Nos soulignés].

⁵⁶⁷ Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 124.

⁵⁶⁸ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 289. Voir aussi OCDE, « Measuring the information Economy 2002 », en ligne : http://www.oecd.org/statisticsdata/0,3381,en_2649_34449_1_119656_1_2_1,00.html (consulté le 29/11/2010) : « Available statistics show that Internet sales are mainly domestic », à la p. 59; Voir aussi Florence Mas, pour qui : « les transactions via l'internet [...] s'opèrent encore à ce jour principalement à l'intérieur des frontières des pays [...], ceci est en particulier le cas pour les transactions réalisés avec les consommateurs » : *La conclusion des contrats du commerce électronique*, *supra* note 5 à la p. 5; Voir aussi Pierre Breese, *Guide juridique de l'Internet, et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2000 à la p. 348; Vivant et al., *Droit de l'informatique et des réseaux*, *supra* note 9 à la p. 296.

⁵⁶⁹ Kessedjian, « Rapport général », *supra* note 562 à la p. 649.

reflux au-dessus des frontières » reste pertinente, puisque la déterritorialisation de l'Internet ne remet pas en cause le découpage géopolitique de la terre. Il est tout à fait concevable de distinguer une opération internationale effectuée en ligne et qui met en jeu « les intérêts du commerce international ». Bref, nous partageons la conclusion logique de Mrs Fallon et Meeusen, voulant que « la preuve de l'internationalité du [contrat électronique] ne devrait pas s'avérer problématique, dès lors qu'il suffira d'établir tout élément indiquant que la situation ne se cantonne pas à l'intérieur d'un seul État »⁵⁷⁰.

Il faut rappeler que la mise en évidence des situations internationales, présentant un élément d'extranéité, a toujours suscité des difficultés et que le medium électronique ne fait qu'accroître ces difficultés⁵⁷¹. Une difficulté particulière provient de la caractéristique de l'anonymat des échanges réalisés en ligne, dans l'éventualité par exemple où le contrat électronique ne contient aucun élément fiable d'identification et de localisation des parties. À ce sujet, l'article 5 de la Directive sur le commerce électronique⁵⁷² impose l'obligation de divulguer les informations suivantes :

- a) le nom du prestataire de services;
- b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi;

⁵⁷⁰ Marc Fallon et Johan Meeusen, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé » (2002) 91 Rev. crit. D.I.P. 435 à la p. 439.

⁵⁷¹ Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 125.

⁵⁷² En France les informations relatives à l'identité et à l'adresse géographique du vendeur sont des informations préalables obligatoires qui doivent être fournies au destinataire de l'offre, en vertu des articles 19 de la *LCEN* et L-121-18 du Code de la Consommation.

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 lui⁵⁷³;

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; [...].

On note toutefois que cette exigence concerne uniquement les prestataires de services établis sur le « Marché Commun » et que le problème d'identification et de localisation de l'opérateur persiste s'il est établi ailleurs : « *if the buyer is contracting with, for example, a US company, the problem of identifying the seller and his location will remain* »⁵⁷⁴. Comme cette obligation ne concerne que le prestataire du service, son cocontractant reste libre et sans contrainte de dévoiler ces informations : « *The EC directive on electronic commerce does nothing to address this problem. A seller can always ask the buyer for information on its identity and location but there is nothing to stop the buyer lying about this* »⁵⁷⁵. L'inefficacité constatée de cette

⁵⁷³ Aux termes de l'arrêt *Bundesverband*, ce point doit être interprété comme signifiant que : « le prestataire de services est tenu de fournir aux destinataires du service, dès avant toute conclusion de contrat avec ces derniers, en sus de son adresse de courrier électronique, d'autres informations permettant une prise de contact rapide ainsi qu'une communication directe et efficace ». À cette fin, un formulaire de contact électronique suffit, « sauf, dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de services, privé d'accès au réseau électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique ». C.J.C.E. *Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. deutsche internet versicherung AG*, C-298/07, [2008] Rec. C.E. I-07841.

⁵⁷⁴ Fawcett *et al.*, *International sale of goods in the conflict of laws*, *supra* note 509 à la p. 496.

⁵⁷⁵ *Ibid.* Sur ce point, on relèvera que la Communauté européenne est attachée au respect de la vie privée et impose le maintien d'« un haut degré de protection des données personnelles » considéré comme une absolue nécessité pour assurer la confiance des utilisateurs vis-à-vis des développements de la société de l'information. Voir *Directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*,

réglementation ne devrait pas surprendre⁵⁷⁶; elle met simplement en évidence la tension entre la territorialité de la loi et la globalité du cas d'espèce qu'elle prétend régir. En l'absence d'un traité international ou d'une loi uniforme entre la Communauté européenne et les pays tiers, les problèmes ne manqueront pas de surgir⁵⁷⁷.

Le caractère international du réseau ne saurait suffire à attribuer cette caractéristique au contrat électronique et nous proposons une appréciation *in concreto*, en fonction de la nature du contrat électronique, même si cela peut susciter une marge d'incertitude. Sylvette Guillemard considère cette « démarche casuistique [comme] fastidieuse, compliquée et inutile, engendrant une dose rebutante d'imprévisibilité »⁵⁷⁸. Elle propose en contrepartie de « qualifier ce contrat de « transmondial », puisqu'il a lieu avec deux mondes, le monde virtuel et le monde terrestre ». Elle ajoute que cette « innovation » présente le mérite d'apporter une « certitude en termes de localisation, nécessaire à cette détermination »⁵⁷⁹. À vrai dire, le sens de sa proposition nous échappe, bien qu'elle soit pour autant avantageuse. On s'interroge en effet sur le lien, s'il existe, entre cette qualification et la détermination de l'internationalité du contrat, cette dernière étant envisagée comme une condition pour l'application des textes internationaux. On se demande dès lors à quoi sert de remplacer le vocable utilisé et de proposer une localisation cyberspatiale, si cette localisation n'est pas possible. La proposition aurait un sens si on considère

2002/58/CE du 12 juillet 2002, J.O.C.E. L.201 31 juillet 2003, 0037-0047. [*Directive vie privée et communications électroniques*].

⁵⁷⁶ « On est en droit de s'interroger sur l'effectivité d'une règle dont la portée est limitée aux rapports internes à la Communauté » : Jean-Sylvestre Bergé, « La résolution des conflits de lois » dans Chantillon, dir., *Le droit international de l'Internet*, supra note 501 à la p. 524.

⁵⁷⁷ On constate que l'obligation de divulguer des informations d'identification et de localisation semble se répandre en dehors de l'espace communautaire. Sur ce point, voir Serge Kablan Arthur Oulaï, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise » (2009) 54 McGill L. J. 627 à la p. 634 et s.

⁵⁷⁸ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 290.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

que cette localisation suffit en elle-même pour l'application des textes, ce qui nous ramène encore aux conceptions de l'internationalité systématique du contrat électronique.

CHAPITRE II

LA VALIDITÉ DES CLAUSES DE RATTACHEMENT

Afin de mieux saisir les enjeux de cette problématique, il convient de souligner les particularités du réseau (Section 1) avant de s'attarder ensuite sur son impact (Section 2).

2.1 Les particularités du réseau

La problématique de l'incidence du réseau sur le principe de l'autonomie de la volonté se résume par la formule suivante : le principe repose sur la liberté contractuelle des parties d'assigner l'autorité susceptible de trancher leurs litiges éventuels et de désigner la loi qui régira leur contrat. En raison de la technique, le contrat est divisé en plusieurs documents et les clauses de rattachement figurent dans les conditions générales accessibles sous forme électronique mais distinctes de l'accord principal. Or, la liberté contractuelle repose à son tour sur le consentement en tant que pilier du contrat. L'autonomie de la volonté induit le principe du consensualisme et la question se pose de savoir dans quelles mesures on peut parler du consentement « complet et éclairé » de celui qui s'oblige.

Le commerce électronique rend plus nette la distinction fondamentale entre autonomie de volonté et liberté contractuelle. Plusieurs auteurs distinguent le principe de l'autonomie de la volonté qui permet aux individus de se lier contractuellement, de

la liberté contractuelle où les parties peuvent choisir les termes de leur contrat⁵⁸⁰. Selon cette distinction, on peut observer à l'instar de Mme Guillemard que l'autonomie de la volonté conserve toute son importance, en raison du fait que les contrats de commerce électronique portent en principe sur des biens de consommation et que les individus sont libres de s'engager ou non. La liberté contractuelle est en revanche anéantie, du fait que la possibilité de négocier ou de modifier les clauses affichées à l'écran est presque nulle⁵⁸¹ ; le contrat de commerce électronique s'inscrit souvent dans le cadre d'un contrat d'adhésion⁵⁸², où « la liberté contractuelle est réduite à sa simple expression »⁵⁸³ et le risque d'adhérer à des clauses de rattachement est accru. Dans ce contexte, Mme Kessedjian observe que l'Internet permet encore moins la discussion que les transactions analogiques et qu'« un site est structuré de telle manière que le seul « choix » de l'internaute, c'est de répondre « oui » ou « non » »⁵⁸⁴.

En matière de commerce électronique, les clauses de rattachement figurent en principe parmi les « conditions générales » qui répondent à un souci de standardisation et de rapidité dans le domaine contractuel⁵⁸⁵. En raison de quelques

⁵⁸⁰ Marie-Thérèse Calais-Auloy, « L'importance de la volonté en droit » (1999) 243 Les petites affiches 14. Cependant c'est Mme Guillemard qui a mis en œuvre cette distinction en matière de commerce électronique. Voir Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 297.

⁵⁸¹ Contra, Ana Palacio Vallelersundi, « Le droit communautaire et la société de l'information: quelques exercices d'imagination juridique » (2002) 38 Les petites affiches 46.

⁵⁸² Le contrat d'adhésion est défini comme « l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier ». Jacques Ghestin, « Rapport introductif » dans Christophe Jamin et Denis Mazeaud, dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998 à la p. 8, cité par Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, supra note 9 à la p. 252.

⁵⁸³ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabrielle Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 197.

⁵⁸⁴ Kessedjian, « Rapport général », supra note 562 à la p. 648.

⁵⁸⁵ « Standardization of agreements serves many of the same functions as standardization of goods and services; both are essential to a system of mass production and distribution. Scarce and costly time and skill can be devoted to a class of transactions rather than details of individual transactions ». Allan Farnsworth, *Farnsworth on contracts*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company, 1990, Section

particularités techniques liées à la nature du réseau⁵⁸⁶, ces dispositions générales se trouvent à quelques clics de distance du contrat principal et leur accès est totalement laissé à l'initiative du cocontractant⁵⁸⁷. Cette technique n'est pas propre au commerce électronique et l'incorporation par référence – c.-à-d. le renvoi par le contrat à une clause externe – est une pratique courante dans le monde des affaires.

2.1.1 L'incorporation par référence

L'observation révèle que le contrat électronique comporte une clause dite « de renvoi » qui réfère au document externe, soit les conditions générales de vente où l'on trouve les clauses de rattachement. Ces conditions sont accessibles par un lien hypertexte et la question principale concerne leur opposabilité.

Progressivement, depuis une dizaine d'années, les contrats du commerce électronique ont été dotés d'un ensemble de règles substantielles qui leur sont spécifiques. Il existe aujourd'hui, dans les législations internes de nombreux États et dans certains textes internationaux, un droit matériel régissant le consentement des parties, les modalités de conclusion du contrat, le paiement en ligne, les responsabilités encourues, etc.⁵⁸⁸.

4.26, cité par Vincent Gautrais, « La couleur du consentement électronique » (2003) 16 Les cahiers de propriété intellectuelle 61 à la p. 91.

⁵⁸⁶ « *The technical motivation for incorporation by reference is efficiency. If contracting parties were forced to integrate all relevant terms and conditions in a unified document, they would overload and slow communications with all of the information needed for electronic contracting* ». Stephen S. Wu, « In corporation by reference and public key infrastructures : moving the law beyond the paper-based world » (1988) 38 *Jurimetrics J.* 317 à la p. 325. Une autre raison qui mérite d'être citée, s'inscrit dans une stratégie de marketing : un document étoffé risque d'encourager une partie à contracter.

⁵⁸⁷ Il est possible que la clause de rattachement soit insérée dans un document électronique sans annexe. Dans ce cas, la question de son opposabilité concerne en particulier la présentation matérielle du contrat où la clause n'est pas instantanément visible en raison de la technique; seule une partie du document est visualisée et le cocontractant doit utiliser la barre de défilement (scrolling) pour pouvoir consulter l'intégralité du document.

⁵⁸⁸ Sur ce droit matériel, voir par ex. Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, supra note 20 à la p. 290 et s.; Verbiest, *Le nouveau droit du commerce électronique*, supra note 539.

En règle générale, les documents en annexe se voient reconnaître une valeur contractuelle et donc engageant, à certaines conditions, la personne à qui le professionnel entend les opposer: la personne doit savoir que ces données font partie du contrat, qu'elle puisse en prendre connaissance, et, enfin, qu'elle les accepte⁵⁸⁹. Prenant acte de cette pratique et pour assurer un haut degré de consensualisme, la LCEN insère dans le Code civil un nouvel article 1369-4 rédigé comme suit :

Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction [...]⁵⁹⁰.

Sylvette Guillemard relève à juste titre le caractère lacunaire de cette disposition par comparaison à l'article 1369-1 du Code civil du Québec qui stipule :

Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition.

⁵⁸⁹ Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, supra note 5 à la p. 186. Dans l'arrêt *Bomar Oil*, la Cour de Cassation a formulé une règle matérielle selon laquelle la connaissance et l'acceptation suffisent pour que la clause externe soit opposable : « [en] matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat-type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat ». Cass. civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, *Société Bomar Oil NV c. E.T.A.P.*, [1990] Rev. Arb. 134, cité par Sylvette Guillemard et Dieudonne Edouard Onguene Onana, « Le contrat d'adhésion: Actualités et droit international privé » (2007) 48 C. de D. 635 para. 64.

⁵⁹⁰ Pour prévenir les risques d'erreur du consentement qui inquiètent sur l'Internet, l'article 1369-5 impose la possibilité de vérifier le détail de la commande et de corriger d'éventuelles erreurs avant que l'offre ne soit confirmée (Acceptation sous forme d'un « double clic »).

Sur la scène internationale, la *loi type de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International* a été modifiée en 1998, précisément pour ajouter l'article 5 bis :

L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence⁵⁹¹.

Le principe de l'incorporation par référence est donc admis, et le consentement déjà manifesté vaut « en bloc » pour toutes les stipulations.

D'aucuns pensent que « le contrôle en détail du consentement » en matière de clauses d'*electio juris*, aurait été préférable en raison du danger extrême que ces dernières font courir à l'adhérent⁵⁹². Mais comme le fait remarquer judicieusement Olivier Cachard, cette proposition est contraire à la réalité du contrat d'adhésion qui se caractérise par une application en bloc⁵⁹³. C'est en ce sens que dans une affaire médiatisée, le tribunal de grande instance de Paris a validé la « clause d'intégralité » en jugeant que : « cette clause fait référence à l'acceptation par l'acheteur « de l'intégralité des conditions générales de vente exposées ci-après » de sorte que le consommateur est nécessairement invité à prendre connaissance desdites conditions générales avant de valider sa commande et d'effectuer le paiement » et qu'elle ne crée donc pas « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au

⁵⁹¹ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et guide pour son incorporation*, supra note 506, art. 5 bis.

⁵⁹² Georges Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973 à la p. 79, cité par Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 130.

⁵⁹³ *Ibid.* à la p.131.

contrat »⁵⁹⁴. Autrement formulées, la validité de cette clause n'est pas conditionnée par une acceptation expresse des clauses générales elles-mêmes.

La nécessité d'une approche comparative hors de nos choix méthodologiques nous semble ici incontournable, dans la mesure où la jurisprudence étrangère fournit des observations intéressantes. Dans l'affaire *Dell/Union des consommateurs*⁵⁹⁵, la Cour d'appel de Québec a considéré la clause compromissoire insérée dans les conditions générales accessibles par un lien hypertexte, une clause externe au sens de l'article 1435 du Code civil du Québec⁵⁹⁶. Le second alinéa de la disposition, impose une condition additionnelle pour sa validité en matière de contrat de consommation ou d'adhésion: le commerçant doit prouver qu'au moment de la formation du contrat, le consommateur ou l'adhérent avait une connaissance de l'existence et du contenu de la clause.

Examinant la structure du site de l'appelante *-Dell-*, la Cour observe que la clause compromissoire « est rédigée en plus petits caractères et elle se retrouve au bas de la page »⁵⁹⁷ et que « la consultation des conditions de vente de l'appelante n'est pas une étape impérative que doit franchir le consommateur avant d'acheter en ligne le produit annoncé »⁵⁹⁸. Partant, la Cour d'appel conclut à l'inopposabilité de la clause

⁵⁹⁴ TGI. Paris, 4 février 2003, *Association familles de France cl SA Père-Noël.fr*, J.C.P. éd. G. 2003. II 10079.

⁵⁹⁵ *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, (2005) QCCA 570.

⁵⁹⁶ Cet article dispose que: « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties ».

⁵⁹⁷ *Dell*, supra note 620 au point 39. L'article 1369-10 de la LCEN dispose : « lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes ».

⁵⁹⁸ *Ibid.* au point 40.

compromissoire, faute de preuve qu'il y a eu une connaissance effective de son existence et de son contenu conformément à l'article 1435 C.c.Q.

En appel⁵⁹⁹, la Cour suprême note que l'application de certaines règles de droit dans le contexte de l'Internet ne se fait pas sans difficulté, notamment pour ce qui est de la transposition de la distinction traditionnelle entre document avec annexes et document sans annexe. Elle considère que la détermination du caractère externe des clauses sur Internet repose sur une règle implicite qui découle de l'article 1435 C.c.Q., fondée sur l'accessibilité de la clause. La Cour observe que la condition d'accessibilité serait remplie, si « l'accès à la clause sur support électronique [n'est] pas plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier »⁶⁰⁰. Elle relève que « l'accès du consommateur à la clause d'arbitrage n'est pas entravé par la configuration de cette clause dont il peut lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente »⁶⁰¹. En conséquence, elle conclut que la clause d'arbitrage ne constitue pas une clause externe au sens du Code civil du Québec, mais qu'elle ressemble plutôt à un document papier où les clauses générales figurent à l'endos de la première page du document.

Quel que soit le raisonnement adopté, une clause de rattachement peut valablement être stipulée et acceptée par voie électronique. Il revient aux tribunaux de vérifier, *in concreto*, si les conditions de validité de la clause sont remplies. En dépit de ces exigences, il y a lieu de s'interroger, comme le font plusieurs auteurs, sur l'attitude du « cybernaute moyen » parfaitement décrit par Vincent Gautrais : « il descend systématiquement la barre de défilement (scrolling), ne considère aucunement les liens hypertextes insérés dans le texte et fini par accepter l'entente

⁵⁹⁹ *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin*, (2007) 2 R.C.S. 801.

⁶⁰⁰ *Ibid.* au point 99.

⁶⁰¹ *Ibid.* point 101.

sans forcément savoir ce à quoi il s'engage »⁶⁰². Dans le même sens, Zheng Tang constate:

*To most e-consumers, the behavior of « clicking » or « downloading » might mean nothing more than the normal process of transaction, and they will be completely unaware that by these actions they are bound by the jurisdiction clauses provided by the business*⁶⁰³.

Ceci nous amène logiquement à aborder l'autre aspect de la question, à savoir la manifestation du consentement. En d'autres termes, un simple clic vaut-il consentement ?

2.1.2 La manifestation du consentement électronique.

Dans le contexte électronique, le consentement contractuel peut se manifester de bien des façons, mais l'on observe deux pratiques largement répandues : le « *click-wrap* » et le « *shrink-wrap* ».

L'Office de la langue française définit le « *click-wrap agreement* » comme étant un :

Contrat associé au commerce en ligne, notamment à l'achat de logiciels par Internet ou à leur téléchargement, qui se distingue par le fait que le cyberconsommateur indique son accord avec les termes du contrat d'achat en cliquant sur un bouton (I agree, I accept ou j'accepte, en français)⁶⁰⁴.

⁶⁰² Vincent Gautrais, « La formation des contrats en ligne » dans Eric Labbe *et al.* dir., Guide juridique du commerçant électronique, 2001, en ligne : [jurisint.org](http://www.jurisint.org) <http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf> (consulté le 28/11/2010).

⁶⁰³ Zheng Tang, « Exclusive choice of forums clauses in e-commerce » (2005) 1 Journal of private international law 237 à la p. 248.

⁶⁰⁴ Office québécois de la langue française, *supra* note 499.

Qu'il nous soit permis d'apporter une précision concernant cette définition. Le « *click wrap agreement* » concerne presque tous les contrats réalisés « en ligne », tandis que le « *shrink-wrap agreement* » porte en général sur l'achat de logiciels.

D'origine américaine, cette pratique de commercialisation des progiciels appelée « *shrink-wrap license* » ou « *tear-me-open* » est une technique par laquelle l'utilisateur accepte les conditions du contrat en déchirant la pochette dans laquelle est contenue la disquette qui supporte le logiciel. Il s'agit de l'opération par laquelle un fabricant de progiciel appose, sur l'emballage de la disquette et sur la disquette elle-même, une vignette adhésive qu'il faut déchirer pour mettre en place le logiciel. La lecture des conditions générales de ce contrat qui apparaissent sur l'emballage, souvent écrites en petits caractères, entraîne l'adhésion instantanée du consommateur. Le fabricant précise qu'une fois l'emballage défait, l'acheteur ne peut retourner la disquette pour un éventuel remboursement.

Dans ce contexte, deux hypothèses sont à distinguer. La première est celle où la licence se trouve à l'intérieur de l'emballage, sans pouvoir être vue. Dans ce cas, le fournisseur suppose que le client consultera les conditions générales qu'on lui propose chez le vendeur. La seconde est celle où les conditions du fournisseur sont visibles à travers le plastique entourant le produit.

En pratique, on considère que ces deux situations renferment un consentement préalable à la prise de connaissance des termes du contrat⁶⁰⁵. L'extériorisation de l'offre ne signifie guère une connaissance des termes de la vente, puisqu'on estime que l'utilisateur ne se prête jamais à lire les conditions générales de vente du

⁶⁰⁵ En vertu de l'article 1369-4 de la *LCEN* transposant l'article 10 de la *Directive sur le commerce électronique*, la communication des conditions générales est obligatoire avant la conclusion du contrat. Mais cette règle n'est impérative qu'à l'égard des consommateurs.

contrat⁶⁰⁶. Pourtant, la jurisprudence en la matière reconnaît en général la validité de ces pratiques.

La jurisprudence américaine très abondante en la matière, mérite aussi un détour. La validité du « *shrink-wrap agreement* » a été confirmée par l'arrêt phare *ProCD v. Zeidenberg*⁶⁰⁷. Dans cette affaire concernant la vente d'une banque de données gravée sur CD, la licence de même que les conditions générales se trouvaient à l'intérieur de la boîte avec le produit. Un avis sur la boîte indiquait que l'utilisation de la base de données était sujette aux termes et conditions de la licence y incluse. Cette licence s'affichait à l'écran lors de l'activation du CD ROM et l'utilisateur devait confirmer son acceptation des termes pour pouvoir y accéder. La Cour a considéré que l'utilisateur était ainsi suffisamment informé, et qu'il avait amplement l'opportunité de revoir et de rejeter la licence avant d'accepter le produit :

*Notice on the outside, terms on the inside, and a right to return the software for a refund if the terms are unacceptable (a right that the license expressly extends), may be a means of doing business valuable to buyers and sellers alike*⁶⁰⁸.

Sur la notion du « *click-wrap agreement* » on peut se référer à l'affaire *Forrest v. Verizon Communications, Inc.*⁶⁰⁹ Il s'agit d'un cas typique concernant la validité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un document externe et accessible par un lien hypertexte. La question principale consistait à savoir si une telle clause avait été communiquée raisonnablement au client. Le juge a conclu par l'affirmative en énonçant :

⁶⁰⁶ En ce sens, voir, Jérôme Huet, « Contrats électroniques.-Contenu et typologie », *JurisClasseur Commercial*, fasc. 322, para. 21 et s.; Guillemard et Dieudonne, « Les contrats d'adhésion », *supra* note 589 au para. 17; Vincent Gautrais, « La couleur du consentement électronique », *supra* note 585 à la p. 64.

⁶⁰⁷ *Pro CD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F. 3d 1447 (7th Cir App. 1996).

*Forum selection clauses enhance contractual and economic predictability, while conserving judicial resources and benefitting commercial entities as well as consumers. [...] While they will not be held applicable when enforcement is unreasonable or the claims in question are beyond the clause's scope, no such circumstances are present here.*⁶¹⁰

Au Canada, la validité du « *click-wrap agreement* » a été reconnue par l'affaire *Rudder v. Microsoft*⁶¹¹. Dans cette affaire, les demandeurs (deux juristes en l'espèce) contestaient la validité d'une clause attributive de juridiction sous prétexte qu'elle n'avait pas été portée spécifiquement à leur attention : « *The representative plaintiffs read only portions of the Member Agreement and thus had no notice of the forum selection clause* »⁶¹². La Cour a rejeté leurs arguments, tenant compte qu'il s'agissait de juristes⁶¹³. La décision, qui repose sur une analogie avec un document sur support papier⁶¹⁴, souligne la diligence du commerçant à faire connaître les clauses du contrat⁶¹⁵.

Analysant toute une série de jugements qui porte sur le « *e-consent* », Vincent Gautrais constate à juste titre qu'« il est difficile de considérer que ces décisions « phares » puissent à elles seules dégager des principes de base eu égard à l'importance de la situation qui les caractérise »⁶¹⁶. Après avoir décrit la réalité du

⁶⁰⁸ *Ibid.* 1451.

⁶⁰⁹ *Forrest v. Verizon Communications, Inc.*, 805 A.2d 1007 (D. C. 2002).

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ *Rudder v. Microsoft Corporation* (1999) 2 C. P. R. (4th) 474 (Ont. S. C. J.)

⁶¹² *Ibid.* point 6. Il est à noter que l'accès à cette clause était possible en faisant défiler le texte du document et non pas à l'aide d'un lien hypertexte.

⁶¹³ « [...] given that both of the representative plaintiffs are graduates of law schools and have a professed familiarity with Internet services, their position is particularly indefensible ». *Ibid.* point 17.

⁶¹⁴ « Admittedly, the entire Agreement cannot be displayed at once on the computer screen, but this is not materially different from a multi-page written document which requires a party to turn the pages ». *Ibid.* point 14.

⁶¹⁵ « [...] the structure of the sign-up procedure is such that the potential member is presented with the terms of membership twice during the process and must signify acceptance each time. Each time the potential member is provided with the option of disagreeing which terminates the process ». *Ibid.*

⁶¹⁶ Gautrais, « La couleur du consentement électronique », *supra* note 585 à la p. 87.

« clic », il considère que la couleur du consentement électronique devrait être rouge⁶¹⁷ « [...] pour soulever l'attention qu'il est nécessaire de porter à un domaine neuf et source d'innovations »⁶¹⁸. Il présente une ébauche de systématisation, basée sur des critères objectifs et subjectifs dégagés de la jurisprudence, qui permet d'établir un consentement « complet et éclairé »⁶¹⁹. Ce n'est que dans ces conditions encadrant la pratique du « *wrap* » que l'on peut conclure: un simple clic vaut acceptation.

En résumé, les mesures législatives adoptées par divers systèmes juridiques accordant une valeur aux documents électroniques ainsi que la tendance jurisprudentielle dominante en matière de commerce électronique, permettent de constater la validité des clauses de rattachement dans ce domaine.

Pour terminer, il convient de vérifier si les règles de conflit examinées en première partie, soulèvent des difficultés particulières.

2.2 Les problèmes de rattachement

La spécificité des clauses de rattachement examinées en première partie nous incitent à les traiter distinctement. Nous examinons successivement l'incidence du réseau sur la clause attributive de juridiction (2.2.1) et sur la clause d'arbitrage (2.2.2) pour s'attarder ensuite sur la clause d'*electio juris* (2.2.3).

⁶¹⁷ Par allusion à l'ouvrage, *La couleur du mandat écrit* par le professeur Adrian Popovici.

⁶¹⁸ Gautrais, « La couleur du consentement électronique », *supra* note 585 à la p. 128.

⁶¹⁹ *Ibid.* à la p. 88 et s.

2.2.1 La clause attributive de juridiction

La validité de la clause attributive de juridiction conclue « en ligne » est expressément visée par le *Règlement de Bruxelles*⁶²⁰. Aux termes de l'article 23, la clause est considérée comme revêtant une forme écrite s'il est possible de « consigner durablement la convention »⁶²¹ ; elle ne doit pas faire l'objet d'un simple affichage. Il faut que la personne qui s'oblige puisse la sauvegarder sous forme électronique (sur une disquette ou un autre support) ou l'imprimer pour en conserver une trace écrite.

le principe est également consacré par la *Convention de La Haye* sur les accords d'élection de for⁶²². L'équivalent fonctionnel de la convention écrite concerne « tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement »⁶²³. Le rapprochement entre cette disposition et celle de l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* s'impose : la condition exigée pour la validité de cette clause est identique.

À notre connaissance, aucune décision publiée n'a encore statuée sur la validité de la clause attributive de juridiction conclue « en ligne » aux termes de l'article 23 du *Règlement de Bruxelles*. Les particularités techniques du réseau ne sont pas incompatibles avec les hypothèses élaborées par ce texte. On doit toutefois distinguer la condition de forme « proprement dite », laquelle exige une convention écrite ou verbale avec confirmation écrite, des autres conditions opérant un renvoi à des formes

⁶²⁰ Rappelons que les hypothèses élaborées par l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* visent à établir l'existence même du consentement. Le *Règlement de Bruxelles* étant silencieux à propos des conditions de fond, cette question relève du droit matériel désigné par la règle de conflit.

⁶²¹ *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 23 para. 2. Comme le fait remarquer judicieusement Mr. Beraudo, cette disposition concerne uniquement la transmission électronique d'un écrit, puisqu'un texte plus précis aurait été nécessaire pour inclure les autres modalités de transmission comme la vidéo-conférence. Voir, Beraudo, « Le Règlement (CE) », *supra* note 219 à la p. 1064.

⁶²² *Convention sur les accords d'élection de for*, Conférence de la Haye en droit international privé, 30 juin 2005, en ligne : hcch.net <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37fr.pdf>> (consulté le 23/12/2009).

⁶²³ *Ibid.* art. 3.c.ii.

extérieures⁶²⁴. Les préceptes de l'arrêt *Salotti* sont toujours d'actualité : il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite que si le contrat comporte un renvoi exprès à la clause externe et qu'il est « susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence moyenne »⁶²⁵.

Les autres conditions envisagées par l'article 23 du *Règlement de Bruxelles* témoignent d'une grande souplesse qui est certainement appréciée en matière de contrats conclus « en ligne ». Si l'analogie entre la *lex mercatoria* et la *lex informatica* est douteuse⁶²⁶, il n'en reste pas moins que l'activité des opérateurs du commerce électronique est à l'origine de la formation d'usages et de contrats-modèles. Il est fort concevable dans l'avenir que la validité de la clause attributive de juridiction conclue « en ligne » soit appréciée selon ces usages⁶²⁷.

La mise en œuvre des conditions de l'article 17 du *Règlement de Bruxelles* en matière de contrats conclus avec les consommateurs⁶²⁸, se heurte quant à elle à des difficultés techniques : ces conditions sont intimement liées aux notions de temps et d'espace, ce qui rend leur application difficile.

⁶²⁴ Comme on l'a déjà vu, les formes indirectes concernent les habitudes établies entre les parties et les usages du commerce international. Voir ci-dessus, partie I, chap. I, sec. I A2.

⁶²⁵ *Salotti*, *supra* note 70, point 12. Il est à noter qu'un accord verbal portant expressément sur la clause attributive de juridiction peut être confirmé par voie électronique (par courriel par exemple).

⁶²⁶ Sur une critique de la *lex informatica*, voir Cachard, *La régulation du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 18 et s.

⁶²⁷ Nombreux sont les sites qui offrent un raccourci aux clients réguliers. L'achat sur *eBay* par exemple exige une inscription de base où une fiche de renseignements personnels doit être remplie. Après l'inscription et l'ouverture d'un compte personnel, le client peut effectuer directement un achat en entrant simplement le nom d'utilisateur et le mot de passe. Le client est lié par un contrat-cadre lors de l'ouverture d'un compte, et le rapport entre les parties est régi par ces conditions générales qui comportent le plus souvent une clause attributive de juridiction. S'il est établi un rapport habituel entre les parties, cette clause serait valide en conformité avec la condition de forme énoncée par l'article 23 du *Règlement de Bruxelles*. Par ailleurs, plusieurs organisations intergouvernementales ou non gouvernementales, - comme la CNUDCI, l'OCDE, la CCI et l'ABA - proposent des lignes directrices et des contrats types en matière de commerce électronique. Rien n'empêche à ce que ces lignes directrices se transforment en « pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée », comme en l'occurrence les activités du commerce électronique.

⁶²⁸ Voir ci-dessus, partie I, chap. I, sec. I A3.

En effet, la première condition – convention postérieure à la naissance du différend – oblige à déterminer deux dates successives; date de naissance du différend et moment de conclusion de la clause. La troisième condition – domicile commun au moment de la conclusion du contrat – oblige en premier lieu l'identification de l'autre partie pour vérifier ensuite le moment de la conclusion du contrat.

La question de l'adaptation de ces conditions aux contrats conclus « en ligne » a été brillamment examinée par Zheng Tang. L'auteur conclut qu'elles ne posent généralement aucun problème lors d'un face à face, mais suscitent des problèmes majeurs dans le cadre du commerce électronique⁶²⁹. À notre avis, ses propos doivent être atténués.

Il n'est pas requis de déterminer la date de naissance du différend, puisqu'on peut raisonnablement soutenir que les parties n'entreront en négociation qu'à partir du moment où elles auront l'intention d'engager une procédure : ceci implique que leur différend est déjà né. La question du moment de la conclusion de la clause nous mène à la traditionnelle hésitation entre deux théories : celle de l'émission et celle de la réception⁶³⁰. Concernant le moment de l'expédition, la *loi type de la CNUDCI* retient le moment où le message « entre dans un système d'information qui ne dépend pas de l'expéditeur »⁶³¹. Quant à la réception du message électronique, il faut distinguer selon que le message a été envoyé au système d'information indiqué par le destinataire ou non. Dans le premier cas, il est considéré comme reçu au moment où

⁶²⁹ Zheng Tang, « *Exclusive choice of forum clauses* », *supra* note 603 à la p. 20 et s.

⁶³⁰ À la base de cette controverse doctrinale, deux grandes thèses s'affrontent. Certains considèrent que le contrat n'est véritablement formé qu'après que se soit opérée une véritable rencontre de volonté; l'acceptation doit avoir été portée à la connaissance du pollicitant. C'est la théorie de la réception. D'autres estiment qu'il suffit de la coexistence des volontés; le contrat est alors formé dès l'acceptation de l'offre au lieu de l'acceptation. C'est la théorie de l'émission. Voir, Guy Raymond, « Vente à distance », *JurisClasseur Commercial*, fasc. 926, point 38.

⁶³¹ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce international et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation*, *supra* note 506, art. 15.

« il entre dans le système d'information désigné »⁶³². Dans le second, autrement dit si le message a été envoyé à une autre adresse que celle indiquée par le destinataire, il est considéré comme reçu au « moment où le message est relevé par le destinataire »⁶³³.

La directive sur le commerce électronique se contente de fournir une définition du moment de la réception en indiquant que : « la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il[s] sont adressés peuvent y avoir accès »⁶³⁴. L'article 1369-5 de la LCEN reprend exactement la même disposition.

Il convient de noter que la transposition de la directive sur le commerce électronique par la LCEN, n'a pas pour objet de favoriser une théorie quelconque, mais de permettre l'application du droit commun des contrats. Malheureusement, le Code civil français traite de la question en deux sens opposés⁶³⁵, ce qui par conséquent, ne tranche pas la question. Après quelques hésitations⁶³⁶, la Cour de cassation semble avoir uniformisé les solutions en se prononçant nettement en faveur de la théorie de l'expédition⁶³⁷.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Directive sur le commerce électronique, supra* note 538, art. 11.

⁶³⁵ L'article 932 C.c.f. en matière de donation, favorise la théorie de la réception tandis que l'article 1985 C.c.f. en matière de mandat, favorise la théorie de l'expédition. Le code de la consommation est cependant silencieux à cet égard.

⁶³⁶ Vincent Gautrais remarque que la Cour de cassation a longtemps décidé de la question selon les circonstances de la cause. Vincent Gautrais, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998 à la p.195. Voir aussi, Raymond, « fasc. 926 », *supra* note 630, point 39.

⁶³⁷ Cass. Com. 7 janvier 1981, RTD civ. 1981.849 (observation François Chabas).

Ici, sans vouloir minimiser l'impact du commerce électronique sur les concepts juridiques traditionnels, nous avons démontré que les questions soulevées par la technique peuvent au moins recevoir des ébauches de solution⁶³⁸.

2.2.2 La clause d'arbitrage⁶³⁹ :

L'arbitrage en tant que mode extrajudiciaire de résolution des litiges ne pose aucun problème particulier dans le cadre du commerce électronique. Bien au contraire, il se pose en alternative à la justice étatique et semble faire écho aux caractéristiques du réseau : « la rapidité des procédures répond à l'accélération du temps tandis que la soustraction du litige au juge étatique répond à la délocalisation des activités électroniques »⁶⁴⁰.

La question se pose de savoir si la réglementation envisagée est compatible avec la prolifération des contrats de consommation « en ligne ». En d'autres termes, on se demande si les principes généraux qui sous-tendent le droit de l'arbitrage sont conformes à la réalité du marché électronique.

En première partie, nous avons démontré que la validité de la clause compromissoire en matière de consommation repose sur une dualité entre « arbitrage interne » et « arbitrage international » : nullité selon le premier et validité selon le deuxième. Le critère retenu pour effectuer cette distinction est celui « du flux et du

⁶³⁸ Il est à noter que la clause attributive de juridiction en droit international privé français ne suscite aucun problème particulier. Au contraire, il nous semble que la transposition de l'exigence de l'article 48 du N.C.P.C. en matière du commerce électronique, assure une protection minimale à l'adhérent. Voir ci-dessus, partie I, chapitre I, sec. I B2.

⁶³⁹ En droit français de l'arbitrage international, c'est une approche consensualiste qui prévaut et la validité de la clause compromissoire s'apprécie « d'après la commune intention des parties [...] sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ». Cachard, *supra* note 2 à la p. 346. [Note omise]. Partant, ce droit condamne le formalisme, et il est légitime de constater systématiquement la validité formelle d'une clause compromissoire affichée sur un site web. Pour la même raison, cette clause sera valable quant au fond si la condition d'accessibilité – à supposer qu'elle figure dans les conditions générales à quelques clics – est remplie.

⁶⁴⁰ Cachard, *La régulation du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 325.

reflux par-dessus les frontières » ou la mise en cause « des intérêts du commerce international »⁶⁴¹. Selon la Cour d'appel, ce critère doit refléter « la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre »⁶⁴². Malgré quelques contestations doctrinales⁶⁴³, cette réalité correspond à la consommation transfrontière, et la clause compromissoire dans les contrats mixtes est jugée licite en vertu du principe général de l'autonomie de la convention d'arbitrage. Cette réalité repose essentiellement sur une approche conceptuelle, laquelle distingue le consommateur passif digne de protection, du consommateur actif qui franchit les frontières⁶⁴⁴. Il y a de la part de ce dernier un déplacement conscient et volontaire dans la sphère juridique de son vis-à-vis, ce qui lui fait perdre les prérogatives conférées par son droit national. Même si le consommateur a été sollicité par le professionnel comme dans l'affaire *Rado* précitée⁶⁴⁵, force est de constater que ce genre de contrats est relativement rare et ses enjeux financiers sont considérables.

L'une des principales caractéristiques du commerce électronique est que « des consommateurs ordinaires et de simples PME s'y engagent dans des contrats internationaux, alors que ceux-ci étaient jusque-là réservés à des acteurs bien particuliers, plus sophistiqués et moins nombreux »⁶⁴⁶. La multiplication de ce genre de contrats ne fait plus de doute et le montant unitaire moyen des opérations de

⁶⁴¹ Voir ci-dessus, partie I, chap. I, sec. II A1.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ « Les raisons d'annuler les accords compromissoires figurant dans les contrats internationaux conclus entre un consommateur et un professionnel sont de toute évidence plus impérieuses encore que celles qui justifient la condamnation des mêmes clauses dans les contrats de consommation domestiques [...]. Autrement dit, parce qu'ils sont nuls dans les contrats domestiques, les accords compromissoires devraient être *a fortiori* nuls dans les accords internationaux ». Heuzé, note sous Cass. civ. *supra* note 143 à la p. 90.

⁶⁴⁴ Voir les conditions retenues par les articles 13 de la *Convention de Bruxelles* et 5 de la *Convention de Rome* modifiées et qui accordaient une protection au seul consommateur passif sollicité par le professionnel.

⁶⁴⁵ *Rado*, *supra* note 215.

⁶⁴⁶ Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *supra* note 510 à la p. 2.

consommation est assez faible⁶⁴⁷. Partant, on s'interroge sur la pertinence du critère retenu pour déterminer l'internationalité du litige. À supposer que l'on caractérise ce flux d'information par-dessus les frontières, n'est-ce pas méconnaître l'esprit du critère économique que d'affirmer qu'une opération modique met en jeu les intérêts du commerce international ?⁶⁴⁸

Évidemment, ce problème s'inscrit dans un cadre plus large et touche la question fondamentale de l'effectivité du droit international privé, à savoir « le principe selon lequel le droit doit refléter la réalité sociale »⁶⁴⁹. Toutefois, il se pose avec acuité en matière d'arbitrage, vu les griefs qu'on lui oppose traditionnellement⁶⁵⁰. Dans ce sens, la question que pose le professeur Mayer de savoir si l'arbitrage est fait pour les parties faibles et notamment pour les consommateurs, devient plus brûlante avec le développement du commerce électronique⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Voir sur ce point, Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 338.

⁶⁴⁸ *Ibid.* à la p. 343. Pour y remédier, l'auteur propose l'alignement du régime de validité des clauses compromissoires en matière interne et en matière internationale. Cette proposition nous semble toutefois radicale. La délimitation entre les situations internes et les situations internationales résulte d'une « appréciation faite nécessairement du point de vue d'un droit international privé ». Lalive, « tendances et méthodes en droit international privé », *supra* note 34 à la p. 22. Le critère économique de l'internationalité du contrat touche la politique législative de l'État concerné et la jurisprudence est certainement appelée à interpréter la notion des « intérêts du commerce international » à la lumière de ce nouveau mode de commerce, sans que cela ne mène nécessairement à une discrimination entre le commerce traditionnel et le commerce électronique.

⁶⁴⁹ Audit, *Droit international privé*, *supra* note 27 à la p. 34.

⁶⁵⁰ Ces griefs reposent pour l'essentiel sur le risque d'éviction des règles impératives qui protègent le consommateur à défaut de choix d'une loi étatique par les parties. Rappelons que l'arbitre n'est pas tenu à appliquer un droit étatique, puisqu'il ne rend pas la justice au nom d'un État. Voir *supra* note 328. D'ailleurs, le professeur Mayer se demande « quelle chance y-a-t'il pour que les conditions générales d'un prestataire de service désignent un centre d'arbitrage faisant profession de consumérisme et sensible aux impératifs de protection du consommateur ? ». Pierre Mayer, « Actualité du contrat international », (2000) 90 P. A. 57.

⁶⁵¹ Mayer, *ibid.* à la p. 55.

2.2.3 La clause d'*electio juris*

La question consiste à déterminer si une clause d'*electio juris* stipulée dans les conditions générales accessibles sous forme électronique, mais distincte de l'accord principal, « résulte de façon certaine des dispositions du contrat », au sens de l'article 3.1 du *Règlement de Rome*.

En effet, sont qualifiés de contractuels les documents qui contribuent à la formation ou à la réalisation du contrat et qui, ce qui est essentiel, obligent à titre d'élément du contrat⁶⁵². La forme et le support du document n'exercent aucune influence sur la qualification contractuelle du document et il suffit pour que cette clause soit conforme à la lettre de l'article 3 du *Règlement de Rome*, que les trois conditions susmentionnées relatives aux documents annexés soient remplies.

En l'absence d'un choix exprès, on conçoit mal comment ce choix pourrait résulter des circonstances de la cause⁶⁵³. Les spécificités du commerce électronique rendent cette notion obsolète. Considérons une transaction impliquant un vendeur situé au Québec - mais dont le site est hébergé en France -, et un acheteur localisé au Liban, au sujet d'un service qui doit être téléchargé. Il devient malaisé, voire impossible, de déduire des circonstances de la clause la volonté implicite des parties de soumettre leur contrat à l'une ou l'autre loi au moment de sa conclusion.

En vertu de l'article 10 du *Règlement de Rome*, le problème du consentement électronique relève de la *lex substantiae*⁶⁵⁴. Certains auteurs avancent que par application de l'alinéa 2, « l'adhérent peut se prévaloir de la loi de sa résidence

⁶⁵² Françoise Labarthe, *La notion de document contractuel*, L.G.D.J., n. 2 et s., cité par Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, supra note 5 à la p. 186.

⁶⁵³ Pour une étude approfondie de cette question, voir, Zheng Tang, *Electronic consumer contracts in the conflicts of laws*, supra note 544 à la p. 188 et s.

⁶⁵⁴ Voir ci-dessus, titre II, chap. I, sec. II B. Rappelons que conformément à la tendance dominante en droit comparé, le *Règlement de Rome* n'impose aucun formalisme particulier pour la validité de la clause d'*electio juris*.

habituelle pour établir qu'il n'a pas consenti »⁶⁵⁵. Cette proposition nous semble contestable, du fait que la disposition vise en particulier le cas du silence gardé par une partie sur l'offre de l'autre⁶⁵⁶.

La manifestation du consentement par voie électronique est une question de forme et sera appréciée selon la *lex forae* désignée par l'article 11 du *Règlement de Rome*⁶⁵⁷. On a déjà noté que cet article opère une distinction entre les contrats conclus entre personnes qui se trouvent dans le même pays au moment de la conclusion et ceux conclus entre personnes qui se trouvent dans des pays différents. Vu les difficultés liées à la localisation géographique des parties au moment de la conclusion du contrat « en ligne », la Commission avait proposé de supprimer cette distinction⁶⁵⁸. Sa proposition a été rejetée, puis substituée par l'introduction d'une règle de conflit alternative qui vise spécifiquement les litiges du commerce électronique. Cette règle, on l'a déjà vu, donne compétence à la loi de résidence habituelle d'un contractant ou d'un représentant. On peut légitimement douter de l'intérêt de cette distinction, puisqu'il faut d'abord localiser les contractants au moment de la conclusion du contrat pour savoir s'ils peuvent ou non bénéficier de cette nouvelle règle.

La règle régissant la forme des contrats conclus avec les consommateurs échappe à cette critique. L'article 11.4 du *Règlement de Rome* n'impose aucune distinction, ce qui donne une compétence impérative à la loi de résidence habituelle du consommateur. Encore, faut-il pour l'application de cette règle, que les conditions

⁶⁵⁵ Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 129. Voir aussi, Lama Koteiche, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, mémoire de D.E.A. en droit interne et international des affaires, Université Libanaise, 2005, en ligne : [lb.refer.org <http://www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf>](http://www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf) (consulte le 10/10/2010).

⁶⁵⁶ Voir ci-dessus, titre II, chap. I, sec. II B.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Voir, *Proposition Rome I*, supra note 321, art. 10.

énumérées par l'article 6 du *Règlement de Rome* soient remplies⁶⁵⁹. À défaut, la forme du contrat est sujette aux règles ordinaires et le problème de la localisation préalable ne manquerait pas de surgir.

⁶⁵⁹ Voir ci-dessus, titre II, chap. II, sec. II C.

TITRE II

L'IMPACT SUR LES RÈGLES DE RATTACHEMENT OBJECTIVES OU SUBSIDIAIRES

Le droit international privé, par définition, oblige à un exercice de localisation. Il s'agit en effet de situer un rapport de droit dans un ordre supposé avoir des liens matériels ou rationnels les plus étroits avec la situation. S'agissant des rattachements, la méthode classique se base sur des critères, notamment territoriaux, qui sont incompatibles avec la nature du réseau : Pour les contrats conclus et exécutés en ligne, il semble difficile de parler de lieu de livraison, de lieu de conclusion ou de lieu d'exécution⁶⁶⁰. La réflexion sur la place et l'efficacité du droit international privé en

⁶⁶⁰ Le droit international privé classique n'est pas « apte à appréhender un phénomène immatériel par essence, alors que sa technique repose sur la localisation des actes et des faits juridiques dans l'espace

matière de commerce électronique était au cœur des discussions sur la communautarisation des deux instruments. L'une des mesures inscrite dans cette lignée, consiste à aligner le facteur de rattachement dans les deux textes en matière de contrats conclus avec les consommateurs. Cette approche justifie notre choix méthodologique de vérifier en premier lieu les règles de rattachements en matière de contrats entre professionnels (Chapitre I) pour se pencher ensuite sur le nouveau facteur adopté en matière de contrats impliquant un consommateur (Chapitre II).

CHAPITRE I

LES CONTRATS ENTRE PROFESSIONNELS

Il convient d'étudier dans un premier temps, les questions suscitées par le conflit de juridiction (Section 1) avant d'aborder celles en matière de conflit de lois (Section 2).

1.3 Les conflits de juridiction

Le critère retenu par l'article 2 du *Règlement de Bruxelles – actor sequitor forum rei* - est un critère stable qui n'est pas susceptible de variation selon les déplacements du défendeur. Son adaptation à l'environnement numérique est généralement constatée en doctrine, bien qu'elle se heurte à une caractéristique technique bien particulière : l'anonymat des échanges « en ligne ». En l'absence d'informations utiles de la résidence, il est difficile de déterminer avec certitude la localisation du domicile ou de la résidence du défendeur au sens des articles 59 et 60 du *Règlement de Bruxelles*⁶⁶¹. Cette difficulté de détermination a pour effet d'accroître l'insécurité juridique dans les échanges internationaux⁶⁶². Pour y remédier, l'article 5 de la

⁶⁶¹ Voir ci-dessus, titre I, sec. I A3.

⁶⁶² Comme le souligne Pierre Lalive, le besoin de sécurité du justiciable augmente au fur et à mesure qu'il s'éloigne de son cadre national: « [...] c'est une [...] évidence qu'on ne rappellera jamais assez : les individus parties à une "relation internationale" ou désireux d'en établir une [...] éprouvent un besoin de sécurité d'autant plus grand qu'ils ont en général conscience de s'aventurer dans l'inconnu, en sortant de leur propre ordre juridique ». Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé », *supra* note 34 à la p. 69.

Directive sur le commerce électronique impose au prestataire l'obligation de divulguer son adresse de résidence ou d'établissement⁶⁶³.

La directive se rallie à la conception économique de l'établissement dégagée par la jurisprudence *Factortame*⁶⁶⁴, selon laquelle un « prestataire établi » est « celui qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée »⁶⁶⁵. L'article 14.3 de la LCEN précise toutefois que le lieu d'établissement n'est pas nécessairement le « lieu d'implantation [du] siège social », évitant ainsi que des sièges sociaux fictifs soient choisis dans le seul but de bénéficier d'une législation plus souple. La directive précise que « la présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire »⁶⁶⁶. L'article 14.3 exclut ainsi expressément le recours aux critères technologiques pour localiser le prestataire de services. Nous partageons volontiers cette conviction, déjà exprimée lors de l'examen des caractéristiques du Réseau⁶⁶⁷. Le recours à ces critères technologiques comme indices secondaires, peut cependant s'avérer utile pour localiser les prestataires dont l'activité et l'administration sont électroniques. Dans les faits, l'« entreprise virtuelle » dispose de peu d'actifs corporels et les critères traditionnellement retenus par la jurisprudence pour localiser l'« établissement effectif » peuvent s'avérer insuffisants, voire inutiles, si l'activité de l'entreprise ne requiert pas des implantations matérielles.

Certains auteurs contestent le principe de compétence du for du défendeur dans les « micro-litiges » électroniques, puisque l'accès effectif à la justice risque d'être entravé par la disproportion entre le coût de l'instance et la valeur des droits

⁶⁶³ Voir ci-dessus, partie II, titre I, chap. I.

⁶⁶⁴ C.J.C.E. *Factortame*, aff. C-221/89, [1991] Rec., p. I 3965, point 20.

⁶⁶⁵ *Directive sur le commerce électronique*, supra note 538, article 2.c.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Voir ci-dessus, partie II, introduction.

méconnus par le défendeur⁶⁶⁸. Ajoutons que la notion de distance, absente lors de la conclusion du contrat, constitue un obstacle majeur à l'accès à la justice si le domicile ou le siège social du défendeur se trouve fort éloigné du demandeur : le lésé pourrait n'avoir d'autre choix que d'abandonner⁶⁶⁹. Ce problème, plus général, touche la question principale de l'opportunité du recours au système de conflits de juridictions pour résoudre les litiges émergeant de tels contrats⁶⁷⁰. Un fort courant doctrinal invite à prendre acte de la capacité régulatrice de la technique, et propose en alternative la résolution des litiges en ligne. Si les caractéristiques du réseau posent des défis de mise en œuvre pour le droit international privé, elles permettent à travers l'ODR (*Online Dispute Resolution*) « de simplifier, d'accélérer et de baisser les coûts de la résolution des litiges, rendant ainsi la justice plus accessible »⁶⁷¹. De manière générale, cette approche emporte notre adhésion; les caractéristiques du réseau incitent à privilégier une approche pragmatique de l'accès à la justice. Comme toute proposition juridique, elle nécessite une analyse approfondie qui déborde le cadre de notre étude ainsi que son orientation juridique⁶⁷². Comme nous l'avons exposé en première partie, la rédaction de l'article 5.1 de la *Convention de Bruxelles* impose un raisonnement conflictuel peu naturel, afin de déterminer le « tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». Or la

⁶⁶⁸ Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 380. Voir aussi, Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, supra note 510 à la p. 49.

⁶⁶⁹ Comme le relève un auteur, l'éloignement entre le for et le demandeur ne se mesure pas seulement en kilomètres, mais également en différence de cultures, notamment juridique et judiciaire. Voir, Kaufmann-Kohler, « Internet : Mondialisation de la communication », supra note 554 à la p. 119.

⁶⁷⁰ La question de l'application du droit international privé en matière de commerce électronique soulève deux sortes de problèmes. La première, d'ordre théorique, concerne la question de la transposition des facteurs de rattachement aux litiges cyberspatiaux. La seconde est plutôt liée à des questions d'ordre pratique, comme celles de la dispersion des acteurs du marché électronique et la disproportion entre la valeur du litige et le coût du procès (enjeux économiques). Notre exposé s'intéresse principalement à l'impact de la dématérialisation des échanges sur l'applicabilité des facteurs de rattachement, sans toutefois négliger l'autre aspect de la question, lorsque le contexte l'exige.

⁶⁷¹ Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, supra note 510 à la p. 4.

localisation de l'exécution des obligations s'avère particulièrement hypothétique lorsque le contrat est exécuté « en ligne ». S'il s'agit de la vente d'un logiciel standard téléchargé, où doit-on localiser la livraison effective, traditionnellement définie comme « le lieu où la livraison est matériellement intervenue ? »⁶⁷³. De même, une prestation de services entièrement dématérialisée ne se laisse pas facilement localiser. Rappelons que le recours à des critères technologiques de localisation est unanimement rejeté, parce que ceux-ci ne sont pas significatifs de l'établissement des parties et ils peuvent être facilement délocalisés. Le seul critère opérationnel dans ce cas est l'établissement ou la résidence des parties⁶⁷⁴. On peut certainement constater l'affaiblissement de la valeur localisatrice de ce critère; la proximité du tribunal avec les faits du litige a moins de sens ici que dans une situation hors réseau, en raison de la dématérialisation des activités. En revanche, lorsque seule la conclusion du contrat s'effectue par Internet alors que l'exécution a lieu hors Réseau, les modalités d'exécution du contrat n'ont rien de spécifique. Le contrat de vente d'un bien matériel conclu « en ligne » ne se distingue pas, sur ce point, de n'importe quel autre contrat de vente.

Les modifications apportées à cet article par le *Règlement de Bruxelles* sont sans véritable intérêt pour le commerce électronique. Même si sa nouvelle rédaction précise le lieu d'exécution de l'obligation relative aux deux contrats les plus répandus dans le monde des affaires – vente et prestation de services – il n'en reste pas moins qu'elle soulève le même problème classique de localisation déjà souligné.

⁶⁷² Nous référons le lecteur intéressé à la littérature déjà abondante.

⁶⁷³ Com. 3 novembre 1988, RTD civ. 1989, p. 376 (observations Jacques Normand), cité par Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 381.

⁶⁷⁴ Voir en ce sens la décision de la Cour de Paris qui a d'ailleurs précisé que « la prestation contractuellement convenue – à savoir l'accès à l'Internet – s'exécute non à l'adresse à laquelle est souscrit l'abonnement, mais au domicile de l'abonné d'où il se connecte ». C.A. Paris, 7 mars 2000, *Sté Free Surf c. Faulhaber*, en ligne: [legalis.net <http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=215>](http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=215) (consulté le 13/11/2010). Cette décision est contestable du fait que l'accès au Réseau peut s'effectuer depuis un ordinateur situé hors de son domicile.

L'application de l'article 5.1 du *Règlement de Bruxelles* aux contrats électroniques soulève deux questions principales : la qualification du contrat en cause et la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. Ces deux questions sont intimement liées, puisque le point b de cet article pose deux règles directes selon lesquelles le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande s'entend du lieu de livraison pour la vente et du lieu de fourniture pour les services⁶⁷⁵. Or si le contrat ne relève ni d'une vente de marchandises ni d'une fourniture de services, le principe du for de l'obligation litigieuse s'impose et il devient nécessaire de déterminer son lieu d'exécution.

1.3.1 La qualification du contrat électronique

De nombreux contrats électroniques sont à la fois conclus et exécutés en ligne⁶⁷⁶. Il en va ainsi de la commercialisation des logiciels ou des services financiers en ligne, de l'accès à des bases de données ou à des services d'information. L'extrême diversité des contrats réalisés en ligne soulève une question difficile et controversée concernant leur qualification. Une analyse rigoureuse de cette question favorise une approche casuistique, tenant compte de la diversité de ces contrats et de leur

⁶⁷⁵ Voir ci-dessus, partie I, titre I, chap. II, sec. I2.

⁶⁷⁶ Nous discutons uniquement des « conséquences les plus extrêmes de la dématérialisation » sans envisager l'hypothèse où le contrat est conclu « en ligne » mais exécuté selon les voies traditionnelles; la qualification de vente des contrats portant sur l'acquisition d'un logiciel standard fourni sur un support matériel « semble relever de l'évidence ». Voir, Fabienne Candeago, *Nature et particularisme du contrat de progiciel*, Mémoire en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2008 à la p. 32. [Non publiée]. En ce sens, Fawcett *et al.*, *International sale of goods Conflict of laws*, *supra* note 509 à la p. 512 et les références citées; Étienne Montero, *Les contrats de l'informatique & de l'Internet, Bruxelles*, De Beock & Larcier, 2005 à la p. 73 et les références citées. Cette qualification est retenue à la faveur d'une analogie avec l'acte d'acquisition d'un livre, d'un vidéo-clip, etc. Voir cependant la tendance observée aux États-Unis où l'on distingue entre le contrat de progiciel – « *over the counter software* » ou « *off the shelf software* » purchases – et le contrat de logiciel « sur mesure » ou logiciel spécifique – *customised purchases*. Il s'agit d'un contrat de vente pour le premier et d'un contrat de prestation de services pour le second. Voir, Zheng Tang, *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*, *supra* note 544 à la p. 43 et les références citées. Pour une analyse critique de cette qualification, voir Étienne Montero, *Les contrats de l'informatique & de l'Internet*, Bruxelles, De Beock & Larcier, 2005 à la p. 69 et s.

économique⁶⁷⁷. Une telle analyse déborde assurément le cadre de notre étude, aussi nous limiterons-nous à vérifier si une qualification de vente ou de prestation de services est susceptible d'être retenue aux fins de l'application de l'article 5.1.b du *Règlement de Bruxelles*.

En ce qui concerne le contrat de progiciel, un auteur estime que la qualification de vente s'impose :

Il importe peu que le logiciel soit fourni sur un support – disquette, bande magnétique, CD-Rom...- ou transmis sans support par le biais d'un moyen de télécommunication. Car dans les deux cas de figure, le résultat est le même : le même produit est remis à l'utilisateur qui paye le prix, et le même service pourra être obtenu⁶⁷⁸.

Pourtant, cette qualification est largement contestée du fait que le contrat de vente *stricto sensu* est un contrat translatif de droit, alors que le contrat de progiciel comporte généralement une licence restreignant le droit d'usage de l'objet du contrat. En d'autres termes, la protection légale accordée aux progiciels – en vertu d'une licence généralement insérée dans les conditions générales - ne rend pas évidente la qualification du contrat de fourniture de logiciel en contrat de vente; loin d'aliéner ses droits de propriété intellectuelle, le fournisseur concède uniquement un droit d'utilisation, strictement personnel et limité⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Ce type d'approche s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence communautaire : « Afin de déterminer si des opérations constituent des livraisons de biens ou des prestations de services, il y a lieu de prendre en considération toutes les circonstances dans lesquelles se déroule l'opération en question pour en rechercher les éléments caractéristiques ». C.J.C.E. *Faaborg-Gelting Linien c. Finanzamt Flensburg*, C-231/94, [1996] Rec. C.E. I-02395, point 12.

⁶⁷⁸ Jérôme Huet, « De la « vente » de logiciel », dans *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001 à la p. 802.

⁶⁷⁹ Voir André Lucas, *Le droit de l'informatique*, Paris, Presses universitaires de France, 1987 à la p. 398. On peut se demander pourquoi l'acte d'acquisition d'un progiciel en magasin est plutôt considéré comme une vente, tandis que cette qualification devient douteuse lorsque le même produit est téléchargé. Une interprétation plausible consiste à distinguer le contrat conclu entre le créateur de

La qualification d'un contrat de progiciel en tant que contrat de prestation de services ne semble pas résister à l'analyse. L'objectif de l'entrepreneur « n'est pas tant de fournir son travail ou ses matériaux, mais plutôt de réaliser un bien ou de fournir un service »⁶⁸⁰. La réalisation d'un travail à la demande du bénéficiaire étant l'élément caractéristique du contrat d'entreprise, semble faire défaut dans le cadre du contrat de progiciel. Une décision récente rendue par la C.J.C.E. semble conforter cette analyse⁶⁸¹. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour s'est prononcée sur la question de savoir si « le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle habilite son cocontractant à exploiter ce droit (contrat de licence) est un contrat portant sur "la fourniture de services" au sens de l'article 5, point 1, sous b), du règlement ». Après avoir précisé que « la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération »⁶⁸², elle ajoute que « le contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération n'implique pas une telle activité »⁶⁸³.

l'œuvre et le distributeur d'une part, de celui conclu entre ce dernier et le client. Le premier contrat étant négocié, la valeur juridique de la « licence » est reconnue. En revanche, ce n'est que par extension qu'on appellerait « licence » le contrat qui lie le distributeur avec le client et la justesse de ce terme est contestée : l'auteur de l'œuvre n'a aucune relation contractuelle avec l'acquéreur, lequel est lié avec le détaillant par un contrat de vente. Voir, Ejan Mackaay, « Le marché du progiciel : licence ou vente » (1994) 6 Cahiers de la propriété intellectuelle 401 à la p. 405. D'un autre côté, lorsque le progiciel est téléchargé, une relation juridique se crée directement entre le titulaire des droits d'auteur et le client sans passer par un intermédiaire (le détaillant). Ainsi, les règles de propriétés intellectuelles vont « se détacher de l'empire du droit de propriété ordinaire [et] les droits de l'auteur pourront bénéficier de l'instrument contractuel sans que les interdictions que les différents systèmes de droit refusaient aux intermédiaires ne soient ici applicables ». Vincent Gautrais et Pierre-Emmanuel Moysé, « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur » (1996) 9-1 Cahiers de propriété intellectuelle 9-74.

⁶⁸⁰ Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 578 cité par Fabienne Candeago, *Nature et particularisme du contrat de progiciel*, supra note 676 à la p. 26 et s.

⁶⁸¹ C.J.C.E. *Falco Privatstiftung c/ Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, [2009] Journal Officiel de l'Union européenne, C 141 du 20 juin 2009 à la p. 15.

⁶⁸² *Ibid.* point 29.

⁶⁸³ *Ibid.* point 30.

Les opérations qui consiste à fournir par le médium électronique « des prestations consistant de la part d'une banque, en l'exécution d'ordres en bourse et des opérations de compte courant relatives à une ouverture de crédit », rentrent dans la catégorie de prestations de services au sens de l'article 50 du Traité de Rome⁶⁸⁴. Il en va de même pour la majorité des contrats spéciaux liés aux activités « en ligne » : contrat de fourniture d'accès à l'Internet, contrat d'hébergement ou de création (réalisation) d'un site, etc....⁶⁸⁵.

Pour en terminer avec cet exercice de qualification, il convient de noter que la Cour de Justice sera appelée à se prononcer, question de dissiper le doute qui entoure la matière. D'aucuns constatent que deux approches pourront être adoptée par la Cour : statuer sur la qualification du contrat en cause et en fournir une définition autonome, ou juger inapplicable le point b de l'article 5 du *Règlement de Bruxelles* lorsque la qualification du contrat paraît douteuse ou ne rentre pas dans la catégorie de ces deux contrats⁶⁸⁶. Dans ce dernier cas, le tribunal compétent serait celui du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la qualification du contrat.

Nous envisagerons ici successivement les deux hypothèses, à savoir l'identification du lieu de l'exécution de la prestation caractéristique (art. 5.1.b) et celle de l'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (art. 5.1.a).

⁶⁸⁴ Voir C.J.C.E. *Soc. Générale alsacienne de banque*, [1978] C-15/78, RC 1978 I-01971.

⁶⁸⁵ Voir, Fawcett *et al.*, *International sale of goods in the conflict of laws*, *supra* note 509 à la p. 516 et les références citées. Le contrat de logiciels sur mesure rentre également dans cette catégorie.

⁶⁸⁶ *Ibid.* à la p. 518.

1.3.2 La détermination du lieu d'exécution

1.3.2.1 Lieu d'exécution de la prestation caractéristique

On a déjà écrit que la rédaction « malheureuse » de l'article 5.1.b du *Règlement de Bruxelles* suscite une controverse quant à la méthode qui doit être privilégiée en vue de déterminer le lieu d'exécution de la prestation caractéristique⁶⁸⁷. La simplification voulue par l'introduction de règles directes est déjà compromise, à moins que la Cour de Justice ne tranche définitivement la question. Aussi, qu'advient-il dans le contexte du commerce électronique et plus particulièrement dans l'hypothèse d'une exécution en ligne ? Éventuellement, la Cour de Justice devra se pencher sur le cas de pluralité de lieux d'exécution: s'agira-t-il du lieu de l'expédition du produit informatique ou de sa réception ? Quel critère de rattachement faudrait-il retenir ? Celui du lieu où est situé le serveur depuis lequel le téléchargement est effectué ou celui de l'ordinateur depuis lequel le produit est reçu ?

Le rattachement au lieu d'exécution se fonde sur une proximité territoriale qui fait défaut en matière de commerce électronique. Le contrat électronique présente une multiplication de points de contact avec plusieurs États et, d'un point de vue juridique, « bien malin » celui qui pourra dire à coup sûr où se trouve ce lieu d'exécution⁶⁸⁸. En l'absence d'une définition communautaire du lieu d'exécution en matière de commerce électronique, il semble approprié de vérifier les décisions rendues dans des affaires similaires, en vue de dégager un certain nombre de principes propres à nous guider dans notre quête.

Récemment, la Cour de Justice a examiné le cas de multiplicité du lieu d'exécution au regard de l'article 5.1.b. du *Règlement de Bruxelles*. Dans l'affaire

⁶⁸⁷ Voir ci-dessus, partie I, titre I, chap. II, sec. I2.

⁶⁸⁸ Jérôme Huet, « Le droit applicable aux réseaux numériques », *supra* note 8 à la p. 746.

*Color Drack*⁶⁸⁹, la Cour a précisé que cet article s'applique « tant en cas d'unicité que de pluralité de lieux de livraison »⁶⁹⁰. Toutefois, cette jurisprudence concerne uniquement le cas particulier « d'une pluralité de lieux de livraison dans un seul État membre et ne préjuge pas de la réponse à apporter en cas de pluralité de lieux de livraison dans plusieurs États membres »⁶⁹¹. Partant, la question se pose de savoir si cette solution est susceptible d'être transposée aux litiges relatifs au commerce électronique qui impliquent une pluralité de lieux d'exécution dans divers États membres. Deux possibilités sont alors à envisager : d'une part, il est possible que la Cour de Justice apporte une interprétation autonome du lieu d'exécution pour ces deux catégories de contrats, mais il est plus plausible qu'elle s'attache à la lettre du texte en considérant inapplicables les règles directes qui y sont prévues. Dans ce cas, la compétence du tribunal sera désignée en vertu de la règle générale de l'article 5 du *Règlement de Bruxelles* par renvoi exprès (point c).

Nous sommes plutôt enclin à favoriser cette deuxième probabilité, compte tenu que l'objectif visé par l'introduction de règles directes pour deux contrats choisis uniquement pour leur fréquence, fait défaut dans le cadre du commerce électronique. Il n'y a qu'à penser aux difficultés de qualification déjà examinées pour constater le bouleversement déjà produit.

1.3.2.2 Lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande

On retrouve ici le même problème de localisation du lieu d'exécution. L'approche du problème par la Cour de Justice est cependant quelque peu différente. En effet, bien que les possibilités offertes soient toujours les mêmes, les enjeux diffèrent

⁶⁸⁹ C.J.C.E. *Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH*, C-386/05, [2007] R.C. I-3699.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, point 28.

⁶⁹¹ *Ibid.*, point 16. Dans une telle hypothèse, et compte tenu de l'objectif de prévisibilité des règles de compétence poursuivi par le *Règlement de Bruxelles*, l'avocat général Bot considère que l'article 5 ne serait pas applicable et que la compétence internationale devrait être déterminée conformément à la

considérablement du point de vue des considérations théoriques et des objectifs poursuivis.

On peut penser que la C.J.C.E. rendra une décision dans la ligne de l'arrêt *Besix*⁶⁹². Bien que l'espèce ne concernait pas l'exécution d'une obligation contractuelle « en ligne », un auteur estime que « l'analyse de la Cour est transposable à l'Internet, au point de paraître avoir été conçue en vue de futures applications à ce domaine nouveau »⁶⁹³. Dans cette affaire, la Cour a examiné sous le régime de la *Convention de Bruxelles*, la question de l'applicabilité de l'article 5.1 en présence de multiplicité de lieux d'exécution. Après avoir souligné l'objectif de prévisibilité de la réglementation, la Cour constate:

Qu'il est indispensable d'éviter, dans la mesure du possible, une multiplication des juridictions compétentes par rapport à un même contrat, afin de prévenir le risque de contrariété de décisions et de faciliter ainsi la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en dehors de l'État dans lequel elles ont été rendues⁶⁹⁴.

La Cour se penche ainsi sur la question de savoir s'il est possible de déterminer un seul lieu d'exécution de l'obligation en cause, qui soit conforme à l'objectif de proximité qui sous-tend l'adoption du critère de l'article 5.1.⁶⁹⁵ À l'évidence, elle constate que la détermination de ce lieu selon la jurisprudence traditionnelle constante depuis l'arrêt *Tessili* (par application de la *lex causae*)⁶⁹⁶, ne permet pas de parvenir à ce résultat. Elle conclut que l'article 5.1 du *Règlement de Bruxelles* « ne trouve pas à s'appliquer dans une affaire [...] dans laquelle il n'est pas possible de

solution retenue dans l'arrêt *Besix*. Voir les conclusions de l'avocat général M. Yves Bot, présentées le 15 février 2007 dans l'affaire *Color Drack*, I-3723, n. 30.

⁶⁹² Voir *Besix*, *supra* note 240.

⁶⁹³ Patrick Thieffry, *Commerce électronique : droit international et européen*, Paris, Litec, 2002 à la p. 216.

⁶⁹⁴ *Besix*, *supra* note 240, point 27.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, point 32.

déterminer le tribunal qui présente le lien de rattachement le plus étroit avec le litige »⁶⁹⁷, étant donné que l'obligation qui sert de base à la demande « n'est susceptible ni d'être localisée à un endroit précis ni d'être rattachée à une juridiction qui serait particulièrement apte à connaître du différend relatif à cette obligation »⁶⁹⁸. Dans ces conditions, la compétence du tribunal doit être désignée conformément à l'article 2 (*actor forum sequitor rei*) qui, s'appliquant à titre subsidiaire, « assure un critère certain et fiable »⁶⁹⁹.

La question se pose maintenant de savoir si la « jurisprudence *Besix* » est susceptible d'être transposée à d'autres hypothèses, notamment celle du commerce électronique, comme le soutient Patrick Thieffry. Une analyse de l'arrêt en cause permet de conclure autrement et d'envisager une conclusion différente. Dans cette décision, la Cour de Justice a examiné la possibilité de fournir une interprétation autonome du lieu d'exécution, mais a renoncé à cette démarche en raison du fait « qu'elle impliquerait un revirement par rapport à la jurisprudence issue de l'arrêt *Tessili* »⁷⁰⁰. Or la méthode préconisée par l'arrêt *Tessili* conduirait à une impasse juridique dans le contexte particulier du commerce électronique, puisque la notion de l'exécution liée à ce genre de commerce, n'est pas définie par le droit commun des États membres :

[...] recourse to article 5(1)(a) is singularly unhelpful in the case of the transfer of information over the internet [...] because in such cases the substantive applicable law is unlikely to have rules on the place of

⁶⁹⁶ *Tessili*, *supra* note 244.

⁶⁹⁷ *Besix*, *supra* note 240, point 48.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, point 49.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, point 50.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, point 41.

performance of the obligation in question, in the absence of agreement 701.

Ainsi, la spécificité du contrat du commerce électronique nous conduit à raisonner dans les mêmes termes que ceux de l'arrêt *Mulox IBC*⁷⁰², où la Cour s'est basée sur la spécificité du contrat de travail :

Il convient de déterminer le lieu d'exécution de l'obligation pertinente, aux fins de l'application de l'article 5, point 1, de la convention, non pas par référence à la loi nationale applicable selon les règles de conflit de la juridiction saisie, mais, au contraire, sur la base de critères uniformes qu'il incombe à la Cour de définir en se fondant sur le système et les objectifs de la convention⁷⁰³.

L'impératif de bonne administration de la justice supposé justifier les compétences de l'article 5, cède le pas à l'objectif de prévisibilité. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt *Custom Made*⁷⁰⁴, où la Cour de Justice a considéré que cet objectif visé par la *Convention* impliquait l'application du critère retenu par l'article 5.1, et ce, même s'il attribue compétence à un for sans connexité avec l'affaire. Nous estimons que la Cour de Justice, éventuellement saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 5.1 dans le contexte du commerce électronique, optera pour une solution basée sur une interprétation uniforme du lieu d'exécution de l'obligation, conformément à l'objectif primordial de la *Convention*, à savoir la prévisibilité juridique. Comme l'a d'ailleurs soulevé la Cour de Justice, ce principe exige que l'article 5.1 soit interprété «de façon à permettre à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que

⁷⁰¹ Fawcett *et al.*, *International sale of goods in the conflict of laws*, *supra* note 509 à la p. 520.

⁷⁰² C.J.C.E. *Mulox IBC Ltd c. Hendrich Geels*, C-125/92, [1993] RC I-04075.

⁷⁰³ *Ibid.*, point 16.

⁷⁰⁴ C.J.C.E. *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, [1993] RC I-02913.

celle de l'État de son domicile, il pourrait être attrait »⁷⁰⁵. De retour à l'arrêt *Besix*, il y a lieu de noter que la Cour a refusé de raisonner par analogie avec la solution retenue en matière de contrats de travail, en raison de l'absence « de particularités spécifiques » dans la matière en cause. Or, force est de constater que le contrat de commerce électronique présente des spécificités qui invitent la Cour à trancher définitivement cette question.

Reste à vérifier selon quels critères le lieu d'exécution peut être déterminé. Rappelons que le recours à des critères technologiques doit être rejeté, puisque la compétence basée sur de tels critères risque d'être fortement arbitraire. L'article 15 de la *Loi type de la CNUDCI* sur le commerce électronique est d'ailleurs explicite en ce sens :

Le recours à des moyens de communication électroniques en rend la détermination difficile. Il arrive souvent que des utilisateurs de moyens de commerce électronique adressent des communications d'un État à un autre sans connaître l'emplacement des systèmes d'information empruntés à cette fin. En outre, l'emplacement de certains systèmes d'information peut changer sans que l'une ou l'autre partie en soit informée.

Ainsi, le choix se réduit à un lieu d'exécution localisé soit au lieu de situation de l'expéditeur soit à celui du destinataire. Sans entrer dans les détails du mérite de chacune de ces solutions, nous considérons convenable de retenir celui du lieu d'établissement du destinataire, puisque ce critère est plus compatible avec le régime établi par le *Règlement de Bruxelles*. Les plaintes généralement observées en matière de commerce électronique résultent généralement d'un défaut de livraison ou d'une livraison défectueuse, puisque le destinataire s'oblige à payer le prix avant la

⁷⁰⁵ *Besix*, *supra* note 240 au point 26.

livraison⁷⁰⁶. Si l'on retient le lieu d'établissement de l'expéditeur en tant que lieu d'exécution de l'obligation, le demandeur n'aurait plus de choix, ce qui priverait l'article 5.1 de tout intérêt. Conformément à l'esprit de cet article, le critère retenu doit offrir un choix de juridiction, à défaut de quoi il serait dénué de toute pertinence.

1.4 Les Conflits de lois

Nous examinons l'incidence du réseau sur le facteur de rattachement retenu en matière de conflits de lois (2.2.1), avant de nous prononcer sur la portée de la directive « commerce électronique » (2.2.2).

1.4.1 La compatibilité du critère retenu

L'article 4.2 de la *Convention de Rome* privilégie la localisation des parties et retient l'établissement du débiteur de la prestation caractéristique comme critère de rattachement. Le principe de la prestation caractéristique répond à une analyse économique et sociale du rapport de droit et prime une « proximité fonctionnelle » sur une « proximité géographique »⁷⁰⁷. Le caractère fonctionnel de ce principe en matière de commerce électronique est à noter, faisant abstraction à toute référence de localisation.

Pour localiser la prestation caractéristique dans l'espace, les rédacteurs de la *Convention de Rome* ont retenu le lieu de l'établissement principal du débiteur de la

⁷⁰⁶ « La pratique dominante en matière de contrats à distance est en effet le paiement à l'avance par le consommateur. Puisque ce dernier devra récupérer les sommes versées en cas de mauvaise exécution ou de non-exécution du vendeur ou du fournisseur de services, il devra endosser le rôle de demandeur dans la quasi-totalité des cas. » : Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, *supra* note 510 à la p. 49. Voir aussi, Ulrich Magnus, Peter Mankowski et Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *Bruxelles I Regulation: On jurisdiction and recognition in Civil and commercial matters*, Sellier, European Law Publishers, 2007 à la p. 306; Peter Stone, « The treatment of electronic contracts and torts in private international law under European Community legislation » (2002) 11 *Information and Communication Technology law* 121 à la p. 125.

⁷⁰⁷ Marc Fallon, « La protection internationale de l'acheteur sur l'inter-réseau dans le contexte communautaire » dans Hildegard Stauder et Bernd Stauder dir., *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Zurich, Schulthess-Verlag, 1999 à la p. 140.

prestation caractéristique. Pour un contrat conclu « en ligne », ce lieu peut être déterminé de la même manière que pour tout autre type de contrat, et le caractère électronique n'apporte sur ce point aucune particularité. Il ne fait guère de doute que la localisation dans l'espace d'un opérateur de commerce électronique s'avère plus facile que la localisation du contrat lui-même⁷⁰⁸.

La nouvelle rédaction de cet article par le *Règlement de Rome* est davantage plus compatible avec la nature du réseau et présente une simplification souhaitée dans un domaine qui manque de sécurité juridique. Le nouvel article 4 impose seulement la qualification du contrat pour donner compétence, soit à la loi de la résidence du vendeur, soit à celle du prestataire de service. Cette simplification est compromise par les difficultés soulevées en matière de qualification des contrats conclus « en ligne »⁷⁰⁹. Un auteur critique vivement la nouvelle rédaction de l'article 4 en ce qui a trait aux contrats électroniques exécutés en ligne, considérant que le régime établi par cet article est désormais compliqué :

[...] in a contract for the supply of software, it is easy to determine that the law applicable is the law of the software provider who is the characteristic performer under the current Article 4(2), without the necessity to consider which type of contract it is. Under the new Article 4,

⁷⁰⁸ Olivier Cachard s'interroge sur la pertinence du critère retenu – lieu d'établissement – dans le contexte du commerce électronique. Il considère que le « choix opéré par Schnitzer semble arbitraire, car il met l'accent sur l'intégration du débiteur de la prestation caractéristique dans son État d'origine, sans relever les liens qu'il entretient avec l'État de destination ». Cachard, *La régulation du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 153. De prime abord, il y a lieu de souligner que le critère retenu par l'article 4.2 de la *Convention de Rome* ne coïncide pas avec le « choix de Schnitzer ». En effet, on a relevé en première partie que cet auteur défendait une solution basée sur le lieu de la dette ou de l'exécution abstraite, solution qui n'a pas été privilégiée par les auteurs de la Convention en raison des difficultés résultant de la détermination de ce lieu. Voir *supra* note 411. L'évaluation de la pertinence de ce critère doit être considérée par rapport à la finalité poursuivie par le principe pour lequel il se rattache. Or, ce critère remplit parfaitement sa fonction en désignant la loi du professionnel (vendeur ou prestataire) à titre de la loi applicable au contrat. Ce critère constitue une présomption qui peut être écartée au profit de la règle générale dudit article, et ce, par le jeu de la clause d'exception. Le mécanisme permet de prendre en considération « les liens avec l'État de destination ».

⁷⁰⁹ Voir l'argument avancé ci-dessous, en matière de juridiction.

*the court has to classify this contract as a sales contract, or a services contract, or something else, and then to choose different rules to decide the applicable law*⁷¹⁰.

La matière est compliquée davantage du fait que la sécurité juridique visée par l'introduction des critères de rattachement fixes est déjà compromise par l'influence qu'exerce la directive « commerce électronique » sur l'application de l'article 4 du *Règlement de Rome*.

1.4.2 L'incidence de la directive « commerce électronique »

Bien que l'article 1.4 de cette directive énonce qu'elle « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé », il faut constater son incidence sur la loi applicable telle que désignée par la *Convention de Rome*⁷¹¹. Cette incidence vient précisément de son article 3, communément désigné par la clause de « marché intérieur », laquelle tend à garantir le respect des principes de droit communautaire et notamment le principe de libre prestation des services⁷¹². Ce principe postule que tout prestataire peut sans entrave fournir ses services depuis l'État dans lequel il est établi, aux clients établis dans d'autres États membres.

Cet objectif est assuré par les deux volets sur lesquels repose la clause de marché intérieur : le premier impose à l'État d'établissement de veiller à ce que les prestataires établis sur son territoire respectent sa loi nationale⁷¹³, le second impose aux États membres de ne pas restreindre la libre circulation des services d'un tel

⁷¹⁰ Zheng Tang, *Law applicable in the absence of choice*, supra note 434 à la p. 792.

⁷¹¹ Voir également le considérant 23 qui dispose que la directive n'a pas pour objet d'établir « des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois ».

⁷¹² CE, *Traité instituant la Communauté européenne*, supra note 286, art. 49.

⁷¹³ *Directive sur le commerce électronique*, supra note 538, art. 3.1.

prestataire⁷¹⁴. La reconnaissance explicite du « principe d'origine » ressort clairement du considérant 22 de cette directive :

Afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et la sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi.

On peut constater que la désignation de la loi du pays de destination par le jeu d'un conflit de lois, constitue une entrave au principe de libre circulation des services, ce que la clause cherche à éviter en confirmant la compétence de la loi du pays d'origine. Une telle disposition est conforme à la réalité du réseau qui, en raison de sa globalité, risque d'obliger le commerçant à se conformer à un cumul de législations nationales potentiellement applicables. On a justement relevé que ceci mettait en péril les intérêts des PME qui, bien que nombreuses dans ce domaine de commerce, ne sont pas véritablement en mesure de connaître les lois étrangères⁷¹⁵.

La question se pose de déterminer les matières visées par cette clause de marché intérieur. Son champ d'application est défini par référence à une notion « presque inconnue »⁷¹⁶, à savoir celle du « domaine coordonné »⁷¹⁷. Par souci de ne pas alourdir les développements de cette question, l'on se contente de confirmer que la clause couvre la matière contractuelle, puisque les contrats conclus avec les consommateurs et le principe de la liberté contractuelle figurent parmi les dérogations

⁷¹⁴ *Ibid.*, art. 3.2.

⁷¹⁵ Voir Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 154.

⁷¹⁶ Olivier Cachard, « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé » (2004) 5 *Int'l Bus. L. J.* 261 à la p. 262.

⁷¹⁷ *Directive sur le commerce électronique*, *supra* note 538, art. 2.h. Une doctrine unanime s'accorde pour voir dans la détermination du domaine coordonné, une opération délicate et compliquée. Voir par exemple, Fallon et Meeusen, « Commerce électronique et droit international privé », *supra* note 570 à la p. 477. Cachard, *Ibid.*

possibles au jeu du mécanisme de la clause⁷¹⁸; les contrats conclus entre professionnels sont ainsi soumis à la loi du pays d'origine. Ce constat implique que la clause impose un nouveau critère de rattachement et crée une règle de conflit... « cachée »⁷¹⁹, contrairement à ce que prévoit expressément l'article 1.4 de la Directive. Le texte paraît contradictoire, ce qui ouvre la porte à toutes sortes d'interprétations.

Certains estiment que la clause de marché intérieur est appelée à intervenir en aval, soit après que la loi substantielle soit désignée par l'application de la règle de conflit de lois. Cette loi serait cependant écartée en vertu de la clause, si elle restreint la libre prestation des services relevant du domaine coordonné. Elle représente plus ou moins un « mécanisme correcteur » des règles de droit international privé : « elle devrait intervenir après le jeu normal des règles de droit international privé, pour corriger leur résultat, en fonction de l'intérêt communautaire »⁷²⁰. En d'autres termes, la clause « marché intérieur » revêt la portée de ce que l'on pourrait appeler une « exception de reconnaissance mutuelle », par analogie avec l'exception d'ordre public; la clause force à évincer l'application du droit désigné, et ce, en raison d'une incompatibilité avec un principe supérieur.

Une interprétation plus nuancée repose sur une analyse en fonction de l'identité de l'État de for. L'impact de cette clause est évalué différemment selon que l'on se place du point de vue du pays d'origine ou de celui du pays de destination⁷²¹. Pour le premier, il s'agit d'une règle d'applicabilité fixant le domaine international de ses

⁷¹⁸ Directive sur le commerce électronique, *supra* note 538, art. 3.3.

⁷¹⁹ Hélène Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *supra* note 13 à la p. 251. Mrs Fallon et Meeusen parlent d'« une règle de rattachement latente » : « Commerce électronique et droit international privé », *supra* note 570 à la p. 475.

⁷²⁰ Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 182.

⁷²¹ Fallon et Meeusen, « Commerce électronique et droit international privé », *supra* note 570 à la p. 480 et s.; Passa, « Le contrat électronique international : Conflit de lois et de juridictions », *supra* note 544 à la p. 6 et s.

propres règles matérielles issues de la transposition de la directive, à la manière d'une loi d'application immédiate (mécanisme des lois de police). Le juge de cet État membre ne peut donc appliquer sa règle de conflit, si elle désigne la loi d'un autre État; les exigences communautaires exercent alors une influence en amont. En revanche, l'interprétation de la clause de marché intérieur du point de vue de l'État d'accueil se recoupe avec celle déjà avancée, en ce sens qu'elle exige un mécanisme que l'on pourrait nommer « exception de reconnaissance mutuelle » soit, dans un langage plus familier, l'« exception d'ordre public »⁷²².

⁷²² Une interprétation semblable repose sur une distinction entre la loi applicable à l'organisation de l'activité de l'opérateur et la loi applicable aux contrats conclus entre l'opérateur et ses clients. Il est soutenu que les règles d'organisation de l'activité professionnelles sont des règles de droit public, largement harmonisées au sein de la Communauté européenne. Elles peuvent être tenues pour équivalentes dans les législations des États membres, ce qui permet d'appliquer la logique de la « reconnaissance mutuelle » et de poser le principe du pays d'origine. En revanche, l'article 1.4 de la Directive doit être interprété comme ne posant pas de règles additionnelles de droit international privé pour les contrats conclus entre l'opérateur du commerce électronique et ses clients. Tout comme l'exclusion expresse prévue par la Directive des articles 3 (principe de liberté contractuelle) et 5 (contrats conclus avec les consommateurs) de la *Convention de Rome*, l'article 4.2 est appelé à régir ces relations contractuelles. Voir Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 103 et s. Voir aussi, Jérôme Huet, « Le droit applicable aux réseaux numériques », *supra* note 8 à la p. 740 et s.

Quoi qu'il en soit, la clause « marché intérieur » s'inscrit dans une logique communautaire privilégiant une justice matérielle sur une justice conflictuelle. On peut donc constater que le défi posé par les caractéristiques du réseau est à l'origine d'un infléchissement de la méthode bilatérale classique, jugée inapte dans le cadre du commerce électronique⁷²³.

⁷²³ Le débat paraît plus académique que pratique, puisque l'article 4 du *Règlement de Rome* conduit au même résultat, à savoir l'application de la loi du vendeur.

CHAPITRE II

LES CONTRATS IMPLIQUANT UN CONSOMMATEUR

Le régime de protection du consommateur tel qu'établi par l'article 13 de la *Convention de Bruxelles* et l'article 5 de la *Convention de Rome*, tient largement compte des circonstances de la conclusion ou de l'exécution du contrat : seul le consommateur qualifié de « passif » ou de « statique » est protégé⁷²⁴. Ces conditions soulèvent certaines difficultés d'application au contrat électronique (Section 2), ce qui a conduit à leur abandon au profit d'un nouveau critère plus adapté à la nature du Réseau. Cependant, cette protection dépend de la qualité du consommateur qui n'est pas facilement connue dans le contexte particulier des contrats électroniques (Section 1).

2.1 La connaissance de la qualité de consommateur

L'application des règles de conflit spéciales au contrat électronique repose sur la qualité de l'un des contractants réputé être la partie faible au contrat. Dans le cadre du commerce électronique, un risque capital provient de l'anonymat des échanges sur le Réseau – absence de présence physique –, ce qui rend difficile au vendeur la reconnaissance de la qualité du consommateur. Il en résulte que le consommateur risque de perdre la protection qui lui est accordée en matière de conflit de lois et de

⁷²⁴ Voir respectivement, ci-dessus, partie I, chap. II, sec. II et partie I, chap. II, sec. II C.

juridictions. Ce risque paraît limité en pratique pour Camille Froment qui considère que :

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 »⁷²⁵.

Cette conclusion nous semble contestable du fait que la distinction classique entre commerçants et consommateurs est justement remise en cause par la doctrine :

Les distinctions juridiques classiques au monde du commerce réel s'évanouissent là où la distinction entre prestataires et destinataires n'a plus cours, l'internaute pouvant devenir fournisseur; la distinction entre destinataires professionnels et destinataires consommateurs perd elle-même sa pertinence, si on considère que les services s'adressent sans distinction aux uns ou aux autres⁷²⁶.

Le réseau est par essence ouvert et les sites marchands offrent leurs produits indistinctement aux professionnels et aux consommateurs. Comme le fait constater justement Mme Guillemard, si avec l'expérience et l'avancement technologique les deux marchés commencent à se distinguer, il n'en reste pas moins que « la segmentation est encore loin d'être aussi nette que dans le monde réel »⁷²⁷.

Selon le rapport Giuliano/Lagarde :

⁷²⁵ Camille Froment, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, Mémoire de D.E.S.S. de Droit du Multimédia et de l'Informatique, Université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon-Assas, en ligne : <<http://www.infotheque.info/ressource/878.html>> (consulté le 7 novembre 2008).

⁷²⁶ Yves Poulet, « De la "Maison Multimédia" au droit du village global – quelques réflexions d'humeur », cité par Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 309.

⁷²⁷ Guillemard, *ibid.* à la p. 310. Voir aussi, Fallon et Meeusen, « Commerce électronique et droit international privé », *supra* note 570 à la p. 444.

Lorsque le destinataire de l'objet mobilier corporel, du service ou du crédit a, en fait, agi pour l'essentiel en dehors du cadre de son activité professionnelle, mais que l'autre partie n'en avait pas connaissance et, en tenant compte de tous les éléments, ne pouvait pas en avoir connaissance, la situation est exclue du champ d'application de l'article 5⁷²⁸.

Cette interprétation qui repose sur le principe de la bonne foi et de la stabilité des engagements doit s'imposer même si elle est contestée par d'éminents auteurs⁷²⁹. Il faut souligner l'importance que revêt une norme universelle imposant aux parties de s'identifier. On pense par exemple aux mentions informatives qui doivent figurées dans l'offre du professionnel et, s'agissant du consommateur, aux mentions relatives à son agrément pour lequel son identification représente un préalable⁷³⁰.

2.2 Le consommateur passif

La protection du consommateur en droit international privé repose sur une conception traditionnelle, laquelle s'est avérée dépassée suite à l'avènement de l'Internet (2.2.1), ce qui a d'ailleurs mené à sa révision (2.2.2).

⁷²⁸ *Rapport Giuliano/Lagarde, supra* note 315, commentaire de l'article 5.

⁷²⁹ Fallon et Meeusen, « *Commerce électronique et droit international privé* », *supra* note 594 à la p. 444. *Contra*, Fox et Bygrave, « *International consumer purchases through the Internet : Jurisdictional issues pursuant to European law* », *supra* note 541 à la p. 106 et les références citées : « [...] many, if not most, legal scholars appear to share the view that the application of Arts. 13- 15 is most likely contingent upon the vendor being aware, actually or imputedly, of the purchaser's consumer's status ». Il y a lieu de rappeler, que dans la mesure où ces deux conditions sont communes aux conventions de Bruxelles et de Rome, le commentaire de l'article 5 de la *Convention de Rome* par le rapport Giuliano/Lagarde, vaut également pour les articles 13-15 de la convention de Bruxelles. Voir *Rapport Schlosser, supra* note 39 à la p. 119 et s.

⁷³⁰ Voir par ex. OCDE, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, Paris, OCDE, 2000, en ligne : <http://www.oecd.org/dataoecd/18/29/34023811.pdf> (consulté le 23/11/2010).

2.2.1 Un critère inadapté

Il convient de préciser d'emblée que le législateur européen n'a pas songé au commerce électronique au moment de la rédaction des deux *Conventions*⁷³¹. Les conditions d'application du régime protecteur reposent sur une conception traditionnelle de la consommation transfrontière, laquelle s'est avérée dépassée suite à l'avènement de l'Internet et à la prolifération des contrats de consommation réalisés « en ligne »⁷³². Le commerce électronique soulève essentiellement la question de savoir si les circonstances de la conclusion du contrat sont celles du consommateur « passif » au sens des articles 13 de la *Convention de Bruxelles* et 5 de la *Convention de Rome*⁷³³. Cette question inspire des interprétations fantaisistes qui sont certainement à rejeter. C'est le cas avec la thèse extensive qui veut assurer la protection du consommateur en toute circonstance, même si les conditions spéciales ne sont pas satisfaites⁷³⁴. La même critique vaut pour la thèse opposée, voulant que le

⁷³¹ La *Convention de Rome* traite de la problématique du commerce à distance mais dans son acception traditionnelle, limitée à l'époque de sa rédaction au courrier et au téléphone comme moyens de communication. Voir *Rapport Giuliano/Lagarde*, *supra* note 315, commentaire de l'article 5.

⁷³² « À l'époque où les ventes à distance étaient, essentiellement, constituées par les ventes par correspondance, les notions de consommateur passif et de consommateur actif pouvaient encore trouver une certaine valeur explicative, mais les nouveaux modes de commercialisation les ont rendues obsolètes ». Mario Tenreiro, « La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation » dans Jean-Calais Auloy dir., *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, *supra* note 97 à la p. 1099.

⁷³³ Cette question n'est plus pertinente depuis l'entrée en vigueur des deux Règlements communautaires et la substitution de ces circonstances par un nouveau critère plus adapté à la réalité du Réseau. Toutefois, nous jugeons nécessaire de l'aborder afin d'identifier avec précision les enjeux et les défis posés par le Réseau et qui sont d'ailleurs à l'origine de l'évolution en la matière. Le champ d'application de ces deux articles vise la fourniture d'objets mobiliers corporels, ce qui soulève de nouveau la question de la nature des « biens » informationnels. Voir ci-dessus, partie II, introduction. La doctrine considère unanimement que les « produits digitalisés » (digital products) doivent être considérés des « biens » au sens de ces deux textes. Voir Foss et Bygrave, « International consumer purchases through the Internet : Jurisdictional issues pursuant to European law », *supra* note 541 à la p. 136.

⁷³⁴ Voir, les auteurs cités par Fallon et Meeusen, « Commerce électronique et droit international privé », *supra* note 570 à la p. 446, n. 18.

simple fait de naviguer sur le Web constitue pour le consommateur une attitude « active » qui échappe à l'application des règles spéciales⁷³⁵.

Débutons par l'hypothèse commune prévue par les deux textes, à savoir que le consommateur peut se prévaloir du régime protecteur s'il a fait l'objet d'une proposition spéciale ou d'une publicité dans son propre pays, et si les actes nécessaires à la conclusion du contrat y ont été accomplis⁷³⁶. Il s'agit ici pour les rédacteurs, de protéger le consommateur passif, amené à contracter à l'initiative du commerçant. Or, la vérification de ces deux critères cumulatifs semble assez périlleuse sur le marché électronique. Pour plus de clarté, nous traiterons distinctement de ces deux critères.

2.2.1.1 La proposition spécialement faite ou une publicité dans le pays du consommateur

Le corpus de protection accordé par le texte dépend de la démarche active ou passive effectuée par le consommateur. Il s'avère important de savoir dans quelle mesure la conclusion du contrat en ligne a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par voie électronique. Est-ce que le simple fait de se rendre sur le site marchand et de décider d'y conclure un contrat est présumé une « activité » privative de protection ? On peut être amené à poser cette question différemment, en se demandant par exemple si l'offre formulée sur un site de commerce électronique constitue une sollicitation du consommateur au sens de cette disposition.

Faute de réponse générale, il convient d'examiner précisément les circonstances concrètes de chaque contrat. Ainsi, un consommateur qui contracte à la suite d'un courrier électronique publicitaire non sollicité, peut certainement être qualifié de

⁷³⁵ Voir les références bibliographiques citées par Verbiest, *Le nouveau droit du commerce électronique*, *supra* note 539 à la p. 194, n. 307.

« passif »⁷³⁷. Il en va naturellement de même si le consommateur s'est rendu sur le site du professionnel grâce à un lien publicitaire (bandeau publicitaire) qui est apparu à l'écran, alors qu'il effectuait une recherche générale. La publicité doit apparaître comme étant spécialement destinée à la zone géographique dans laquelle réside le consommateur, faute de quoi le consommateur est réputé être « actif » dans sa démarche⁷³⁸. La doctrine propose plusieurs indices permettant de vérifier cette exigence; « on devra prendre en compte le genre de message, la langue utilisée, le genre de produit ou de service, la monnaie dans laquelle est libellé le prix pour établir si le pays du consommateur était directement et spécifiquement visé »⁷³⁹. On peut ici légitimement s'interroger sur la pertinence de ces éléments. L'utilisation d'une langue ne constitue pas un critère fiable puisque de nombreux pays partagent la même langue comme c'est le cas avec l'anglais, le français ou l'espagnol. De même, l'indication de la devise de paiement ou de la taxe, précisent davantage le lieu d'établissement du marchand qui souhaite être payé de sa monnaie nationale, que le bassin de sa clientèle potentielle⁷⁴⁰.

2.2.1.2 L'accomplissement par le consommateur des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son pays de résidence

En dehors des étapes classiques de la formation du contrat, l'interactivité qui caractérise les échanges effectués sur le Réseau permet un processus de construction contractuelle où les deux parties ont un rôle dynamique. Une auteure se base sur cette

⁷³⁶ Voir ci-dessus, partie I, chap. II, sec. II et partie I, chap. II, sec. II C.

⁷³⁷ Voir par ex., CE, Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales* [2000] JOCE C-291, point n. 51.

⁷³⁸ Si l'on parvient à établir que le site marchand « cible » le pays de résidence du consommateur, on peut facilement admettre que la publicité est exprimée dans ce pays conformément à l'exigence de cette disposition.

⁷³⁹ Alexandra Zonobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique » (2000) 5 RDAI 533 à la p. 556. Il est surprenant que l'auteure reconnaisse une certaine valeur à ces indices dans le cadre de l'examen de l'article 5 de la *Convention de Rome*, tandis qu'elle doute de leur fiabilité dans le contexte particulier de la recherche d'une volonté implicite concernant le choix de la loi applicable à l'aide des dispositions du contrat. (*Ibid.* à la p. 551).

caractéristique et suggère de considérer ce « cheminement » - le mode d'acceptation du consommateur d'une offre ou d'une publicité, associant saisie de données et cliquage de validation et/ou de confirmation – comme constituant « les actes nécessaires à la conclusion du contrat »⁷⁴¹. Cette interprétation est plausible du fait que le rapport Giuliano/Lagarde précise que « le mot «acte» comprend notamment un écrit ou une démarche quelconque faits à la suite d'une offre ou d'une publicité »⁷⁴².

Ce rapport ajoute que :

Le groupe a expressément adopté les mots «actes nécessaires» afin de ne pas toucher au problème classique de la détermination du lieu de conclusion du contrat. Cette question est particulièrement délicate pour les situations visées, car il s'agit de contrats internationaux normalement conclus par correspondance⁷⁴³.

Cette condition peut être considérée comme satisfaite dès lors que le consommateur accomplit dans son pays de résidence, ces « actes nécessaires ». Par contre, le « jeu de cette condition » conduit à exclure injustement la protection du consommateur si les actes ont été accomplis pendant un court séjour à l'étranger. Partant, il est légitime de s'interroger sur la pertinence de cette condition dans un contexte virtuel.

Les deux autres conditions prévues uniquement par la *Convention de Rome*, suscitent peu d'analyse et devraient être rejetées systématiquement. Préalablement conçues pour les contrats traditionnels, ces conditions sont inapplicables aux transactions « en ligne » puisqu'elles exigent la présence physique effective des contractants.

⁷⁴⁰ Guillemard, *DIP et contrat de vente cyberspatial*, *supra* note 9 à la p. 340.

⁷⁴¹ Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, *supra* note 5 à la p. 49. Voir aussi Passa, « Le contrat électronique international : Conflit de lois et de juridictions », *supra* note 544 à la p. 13.

En effet, la deuxième condition fondée sur le « lieu de réception de la commande » par le professionnel vise, entre autres, les situations dans lesquelles le consommateur s'est adressé au « stand d'une société étrangère dans une foire ou une exposition organisée dans le pays du consommateur ». De même, la troisième condition vise l'hypothèse d'un « voyage organisé par le professionnel ». L'interprétation extensive voulant que la transaction électronique soit ici assimilée à un « voyage virtuel »⁷⁴⁴, est certes contraire à l'esprit même du texte. Dans ce contexte, Mme Mas affirme une conviction largement partagée en doctrine selon laquelle « la *Convention de Rome* ne peut ici s'accommoder des métaphores qui fleurissent le vocabulaire du monde virtuel »⁷⁴⁵.

Bref, comme le fait remarquer un auteur, « la localisation du contrat au sens où Batiffol l'entendait, semble sérieusement mis à mal »⁷⁴⁶. Les critères posés par le régime protecteur sont intimement liés à la notion de territorialité et leur inadaptation aux contrats conclus en ligne est unanimement constatée en doctrine⁷⁴⁷. La protection des consommateurs est ainsi compromise, d'autant que les professionnels souffrent de l'insécurité juridique qui en résulte. La substitution de ces critères par la notion « d'activité dirigée » s'inscrit dans une perspective d'évolution de ce régime protecteur qu'il convient maintenant de présenter.

⁷⁴² *Rapport Giuliano/Lagarde*, supra note 315, commentaire de l'article 5.

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ Yves Poulet, « Transactions via Internet et protection des consommateurs » dans Jules Stuyck et Elke Ballon, dir., *Verkoop op afstand en telematica. Juridische aspecten*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 127-164, en ligne : fundp.ac.be <http://www.fundp.ac.be/recherche/publications/page_view/33730/> (consulté le 10/10/2010).

⁷⁴⁵ Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, supra note 5 à la p. 52.

⁷⁴⁶ Cachard, *La régulation internationale du commerce électronique*, supra note 2 à la p. 122.

⁷⁴⁷ Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par la Commission européenne : « [...] l'endroit où le consommateur fait ces démarches pourrait être difficile, voire impossible à déterminer, et celles-ci pourraient en tout état de cause être sans pertinence pour la création d'un lien entre le contrat et l'État du consommateur ». CE, Commission, *Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [1999] JO C 376 E à la p. 1.

2.2.2 La nécessité d'un nouveau critère : l'activité dirigée

Il convient de préciser d'emblée que l'adoption d'un nouveau critère s'inscrit dans le prolongement de la logique qui sous-tend l'ancien régime établi : le consommateur doit pouvoir compter sur sa loi lorsqu'on le sollicite chez lui⁷⁴⁸. La recherche d'un critère opérationnel dans le contexte du commerce électronique oblige à inverser les concepts : ce qui importe n'est plus la démarche active du consommateur, mais plutôt celle du commerçant⁷⁴⁹.

L'application de la règle de protection du consommateur est envisagée dans deux cas d'espèce : soit le contrat a été conclu par le consommateur avec une personne « qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile », soit cette personne « par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États

⁷⁴⁸ Jérôme Huet, « Commerce électronique : Loi applicable et règlement des litiges. Propositions des grandes entreprises (GBDe) » (1999) 41 JCP éd. G. à la p. 1602. Cela vaut en matière d'intervention des lois de police (clause *d'electio juris*) que dans l'hypothèse de la recherche objective de la loi du contrat. Comme le fait remarquer justement le Professeur Lagarde, « les circonstances retenues par l'article 5&2 [...] supposent toutes une initiative du professionnel ». Paul Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », dans Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux dir., *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 513. En termes de politiques législatives, la distinction entre consommateur passif et consommateur actif est toutefois contestable du fait que le consommateur qui profite du marché unique et de l'ouverture des frontières ne doit pas être puni pour sa démarche, mais mérite au contraire une protection accrue. En ce sens, voir Mario Tenreiro, *La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation*, *supra* note 732 à la p. 1100; Nicolas Houx « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1^{re} partie) », (2001) 43 P.A. point 14. Le législateur de l'Union européenne est obligé de se baser sur une dichotomie quelconque pour pouvoir, en même temps, dresser un équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux des commerçants en même temps : « When promulgation the new provisions, it was necessary for the EU to take both views into consideration and find the right balance between protection for consumers on one hand, and an adequate environment for business to exist on the other ». Joakim ST Øren, « International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe » (2003) 52 ICLQ 665 à la p. 672.

⁷⁴⁹ En ce sens voir, Jérôme Passa, « Le contrat électronique international: Conflit de lois et de juridictions », *supra* note 544 à la p. 20; Mario Tenreiro, « La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation », *supra* note 732 à la p. 1101; Øren, *ibid.*, à la p. 675; Frederic Debusséré, « International jurisdiction over e-consumer contracts in the European Union : Quid Nove

membres, dont cet État membre, et que le contrat rentre dans le cadre de ces activités »⁷⁵⁰.

En raison de l'attention particulière accordée à la notion de l'« activité dirigée » et l'intense discussion qui lui a été consacrée, la réflexion sur l'autre cas prévu par le texte fait défaut. On pourrait être tenté de justifier ce manque d'attention par la simplicité de la notion et par sa perception claire en doctrine⁷⁵¹. Pourtant, il n'en est rien. On constate que les auteurs qui ont fait exception expriment des conceptions différentes de la notion d'« activité exercée ». Olivier Cachard par exemple adopte une interprétation contestée, selon laquelle cette hypothèse est consacrée au commerce traditionnel, par opposition à celle de l'« activité dirigée » destinée spécifiquement au commerce électronique :

Pour une activité du commerce traditionnel, il faudra vérifier que le contrat a été conclu avec « *une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État* » du consommateur. Il s'agit toujours de localiser l'activité. En revanche, pour les activités du commerce électronique, il convient de s'assurer que le professionnel, « *par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre* »⁷⁵².

Cette interprétation est contraire tant à la lettre qu'à l'esprit du texte.

Sub Sole ? » (2002) 10 IJLIT 344 à la p. 357; Jacquet *et al.*, *Droit du commerce international*, *supra* note 20 à la p. 187.

⁷⁵⁰ *Règlement de Bruxelles*, *supra* note 15, art. 15.1.c et *Règlement de Rome*, *supra* note 17, art. 6.1.a, b.

⁷⁵¹ C'est la position exprimée par Mario Tenreiro pour qui « le premier cas ne nécessite pas d'explications supplémentaires et se comprend aisément ». Tenreiro, « La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation », *supra* note 732 à la p. 1102.

⁷⁵² Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 2 à la p. 400. [Les italiques sont dans le texte original]. Voir aussi, Gaudemet-Tallon, Fasc. 3201, *supra* note 318 au para. 68 et plus récemment du même auteur, *Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement 44/2001. Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *supra* note 39 à la p. 295.

Prise à la lettre, la deuxième alternative couvre les activités dirigées « par tout moyen » ce qui signifie forcément, voire naturellement, l'inclusion des autres modes de commercialisation à distance (vente par correspondance) déjà visés par les conditions communes aux *Conventions de Bruxelles et de Rome*⁷⁵³. Ceci est vérifié par l'interprétation téléologique de l'article 15 du *Règlement de Bruxelles*, au sujet duquel la Cour de Justice a relevé que « le libellé de l'article 15, paragraphe 1, sous c), doit être considéré comme englobant et remplaçant les notions précédentes de proposition « spécialement faite » et de « publicité » en couvrant, ainsi que les termes par « tout moyen » l'indiquent, une gamme plus large d'activités »⁷⁵⁴. Ainsi entendu, cet article doit être interprété comme visant tout moyen de communication à distance au sens de l'article 2 de la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, défini comme « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties »⁷⁵⁵.

⁷⁵³ s'agissant des notions de « publicité » et de « proposition spécialement faite », au sens de l'article 13 de la *Convention de Bruxelles*, la Cour de Justice a jugé qu'elles « visaient toutes formes de publicité faite dans l'État contractant où le consommateur est domicilié, qu'elle soit diffusée de manière générale par voie de presse, de radio, de télévision, de cinéma ou selon toute autre modalité, ou adressée de manière directe, par exemple par voie de catalogues spécialement dirigés vers ledit État, ainsi que les propositions d'affaires soumises individuellement au consommateur, notamment au moyen d'un agent ou d'un colporteur ». C.J.C.E. *Rudolf Gabriel*, C-96/00, [2002] RC I-6367, point 44. En ce sens, voir *Rapport Giuliano/Lagarde*, supra note 315, commentaire de l'article 5 de la *Convention de Rome*.

⁷⁵⁴ C.J.C.E. *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller*, C-585/08 et C-144/09, (affaires jointes), point 61 [non publiée]. Voir déjà en ce sens, les conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak, présentées le 18 mai 2010 dans les affaires citées, para 66, en ligne : [eurolex.europa.eu <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009C0144:FR:HTML#Footref41>](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009C0144:FR:HTML#Footref41) (consulté le 23 décembre 2010); Voir aussi CE, Commission, *Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation* [2004] JO C 108 au para 3.2.7.2. La Commission européenne précise que l'article 15 du *Règlement de Bruxelles* exige pour son application « qu'une entreprise ait dirigé ses activités vers l'État membre du domicile du consommateur et qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités, quel que soit le mode de commercialisation à distance ». [nos soulignés].

⁷⁵⁵ *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*, [1997] JO L 144, 19.

Une interprétation terminologique de cette disposition spéciale semble de même conforter notre analyse. Comme le relève justement un auteur, les deux termes « exerce » et « dirige » sont facilement interchangeables :

In traditional commerce, a company could 'direct' his commercial activities to a country without been physically present in that country, while in e-commerce a company could 'pursue' its commercial activities in a country with clear and specific business plans. It is unrealistic to make an artificial attribution to the competence of these two conditions⁷⁵⁶.

Toutefois, il nous faut constater que ces deux notions se distinguent par leur fonction, sans quoi le législateur de l'Union européenne aurait évité toute confusion en favorisant une expression commune. Malheureusement, le recours aux travaux préparatoires demeure inutile et ne permet pas de dégager le sens exact voulu par le législateur. La disposition est susceptible d'interprétations divergentes.

D'aucuns proposent une analyse centrée sur la nature de l'activité commerciale ou professionnelle en cause. Selon cette interprétation, la notion d'activité exercée est destinée à régir des activités commerciales ou professionnelles continues et systématiques qui présentent un lien substantiel avec le forum, par opposition à celle d'activité dirigée faisant référence à des opérations plutôt occasionnelles ou sporadiques :

[...] when reading this expression with the alternative condition 'direct ...to', 'pursue...in' shows a stronger, more purposeful and more expectable connection between commercial activities and a concerned Member State, while 'direct....to' shows a comparatively casual and less particular connection. For this reason, the 'pursue...in' condition in Article 15(c) should be understood as including active, deliberate, planned and systematic activities, [which] are carried out clearly aiming

⁷⁵⁶ Zheng Tang, *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*, supra note 544 à la p. 49.

*at the market of that state with the obvious purpose of obtaining commercial benefits in that country*⁷⁵⁷.

Certains auteurs estiment que la notion d'activité exercée requiert une présence physique dans l'État concerné :

*In respect of the difference between the concept of "pursuing" and "directing", it is argued that while the concept of pursuing activities in the member state of the consumer's domicile may require some physical presence in that State, the concept of directing activities does not*⁷⁵⁸.

Quoi qu'il en soit, il nous semble opportun de procéder à l'interprétation de cette disposition en tenant compte du système et des objectifs de la réglementation dont elle fait partie⁷⁵⁹. La nouvelle rédaction des conditions de conclusion du contrat vise, par son abstraction, à être englobante et à inclure notamment les contrats conclus « en ligne ». À cette fin, il nous semble que le législateur de l'Union européenne a voulu éviter la localisation objective du contrat, tout en prenant en

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ Faye Wang, *Internet jurisdiction and choice of law: Legal practices in the EU, US and China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p. 61. Cette position est largement contestée en doctrine du fait qu'elle exclut de son champ, le cas particulier de l'entreprise virtuelle. En ce sens, voir Wang, *Ibid.*; Zhang Tang, *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*, *supra* note 544 à la p. 50 : « It is suggested that the interpretation of 'pursue...in' as requiring the 'physical presence' is not compliant with e-commerce, the development of which requires the avoidance of the explicit requirement of physical location ». *Contra*, Paul Cachia, « Consumer contracts in European private international law : The sphere of operation of the consumer contract rule in the Brussels I and Rome I Regulations », (2009) 34 *European Law Review* 476 à la p. 483. Voir cependant la position nuancée de Joakim Oren: « In general, explicit requirements of physical location of persons or things should be avoided in order to bring the legislation into conformity with electronic communication. But as the other alternative in Article 15.1 (c) is tailor-made to include and regulate e-commerce, it can be argued that such considerations do not have the same relevance and significance regarding the first alternative in Article 15.1 (c) », *supra* note 748 à la p. 677.

⁷⁵⁹ Conformément à une jurisprudence constante, lorsque le libellé d'une disposition de droit communautaire ne permet pas, par lui-même, de déterminer avec certitude comment elle doit être comprise et appliquée dans une situation donnée, il y a lieu de procéder à une interprétation téléologique de cette disposition. Voir la jurisprudence citée par l'avocat général Bot dans l'affaire *Color Drack GmbH*, C-386/05, présentées le 15 février 2007, n. 11, en ligne: <http://eur->

considération la nature globale de l'Internet. Il faut rappeler que c'est la démarche active du commerçant qui constitue le critère déterminant de la compétence internationale et non la nature de l'activité commerciale ou professionnelle en cause. Ainsi entendu, il convient d'opposer les commerçants qui entendent limiter leurs activités à certains territoires de ceux qui prétendent exploiter plusieurs marchés⁷⁶⁰.

Les deux notions poursuivent une même finalité, soit traduire la démarche active du commerçant en vue de l'application de la disposition spéciale. La distinction réside en ce que la notion de l'activité exercée concerne des activités commerciales qui permettent à elles seules de traduire la volonté du commerçant, tandis que la notion d'activité dirigée oblige à recourir à des critères additionnels pour s'assurer de l'existence de sa volonté⁷⁶¹.

Il faut cependant admettre que ce problème concerne en particulier le commerce électronique, puisque les modes de publicité classiques impliquent l'engagement de dépenses parfois importantes qui démontrent, de ce fait même, une volonté du commerçant de diriger ses activités vers d'autres États. Cette volonté ne peut être présumée dans le cadre du commerce électronique, puisqu'une publicité faite sur un site est accessible dans tous les États, « sans qu'il soit nécessaire d'exposer des dépenses supplémentaires et indépendamment de la volonté du

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0386:FR:PDF (consulté le 23 décembre 2010).

⁷⁶⁰ Cette hypothèse est justifiée par la précision rédactionnelle selon laquelle le premier cas envisagé par le texte se rapporte à l'activité exercée « dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle », tandis que l'autre cas prévoit en addition l'orientation de l'activité « vers plusieurs pays ».

⁷⁶¹ Contrairement à l'opinion dominante, nous estimons que la notion d'activité dirigée ne saurait dépendre exclusivement du moyen technique par lequel un contrat a été conclu. Dans le cadre du commerce électronique, un commerçant peut explicitement indiquer que son site web est destiné exclusivement à un marché quelconque. Dans ce cas, l'activité du commerçant doit s'entendre en ce sens qu'elle est *exercée* dans ce pays.

commerçant de cibler ou non des consommateurs au-delà du territoire de l'État membre dans lequel il est établi »⁷⁶².

Notre interprétation est essentiellement basée sur la définition de la notion d'activité dirigée, telle que retenue récemment par la Cour de Justice au sens de l'article 15.1.c du *Règlement de Bruxelles*. Il y a lieu de noter que cette jurisprudence est également pertinente pour l'interprétation de l'article 6 du *Règlement de Rome*, étant donné que son 24^e considérant précise que :

La cohérence avec le règlement (CE) n. 44/2001 exige, d'une part, qu'il soit fait référence à la notion d' « activité dirigée » comme condition d'application de la règle de protection du consommateur et, d'autre part, que cette notion fasse l'objet d'une interprétation harmonieuse dans le règlement (CE) n. 44/2001 et le présent règlement [...].

Mais avant d'examiner la décision de la Cour dans les affaires jointes *Pammer/Hotel Alpenhof*⁷⁶³, il convient de souligner que les termes de cet article étaient déjà litigieux lors de l'adoption du *Règlement de Bruxelles*, mais que les institutions n'ont pu s'entendre sur le sens et l'étendue de la notion d'activité dirigée⁷⁶⁴. Dans le cadre de la procédure législative, plusieurs approches ont été

⁷⁶² *Affaire Pammer/Hotel Alpenhof*, supra note 754, point 68.

⁷⁶³ Eu égard à la similitude entre la seconde question préjudicielle dans l'affaire *Pammer* (C-585/08) et l'unique question posée dans l'affaire *Hotel Alpenhof* (C-144/09), la Cour a décidé de joindre les deux causes.

⁷⁶⁴ Sur cette question en général, voir Ana Palacio Vallelersundi, « Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire » (2001) 1 *Revue de Droit de l'Union Européenne* 5. « The e-commerce controversy was apparently responsible in part for '[a] further eighteen months of negotiation and reflection ... before agreement on a text could be reached »: Patrick Brochers, "Tort and contract jurisdiction via the internet: The 'minimum contacts' test and the Brussels regulation compared" (2003) 1 *Netherlands International Law Review* 401 à la p. 425. [Note omise]. De même, ce point était générateur de beaucoup d'hésitations tant en doctrine qu'en jurisprudence, comme le relève le rapport sur l'application du Règlement n. 44/2001. Voir, Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer et Peter Schlosser, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, point 340, en ligne : [ec.europa.eu <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf>](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf) (consulté le 23 décembre 2010).

proposées pour son interprétation, sans que le texte final ne puisse trancher définitivement cette question en privilégiant une approche quelconque.

Ainsi, on distingue en premier lieu une interprétation large de la notion d'activité dirigée, selon laquelle la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un État membre constitue une activité dirigée vers cet État⁷⁶⁵. En revanche, une interprétation restrictive a été proposée par le Parlement européen, selon laquelle le commerçant doit avoir «intentionnellement dirigé son activité, de façon substantielle», vers d'autres États membres dont l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile⁷⁶⁶. Enfin, on a proposé d'opposer les sites internet interactifs qui pourraient fonder la compétence, aux sites passifs qui ne la fondent jamais⁷⁶⁷.

Dans sa décision, la Cour de Justice précise que la seule accessibilité du site internet ne suffit pas à la détermination de la compétence sur la base des règles spéciales. Cette précision est motivée par le fait que « si telle avait été la volonté du législateur de l'Union, il aurait posé comme condition d'application des règles en matière de contrats conclus par les consommateurs non pas la «direction des activités vers un État membre», mais la simple existence du site Internet »⁷⁶⁸. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par la déclaration conjointe de la Commission et du conseil lors de l'adoption du *Règlement de Bruxelles* et reprise au 24^e

⁷⁶⁵ Voir CE, Commission, *Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [1999] JO C 376 E considérant n. 13 [*Proposition de Règlement*]

⁷⁶⁶ CE, *Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2000] J.O. C-146/98.

⁷⁶⁷ *Proposition de Règlement*, *supra* note 789. Dans l'exposé des motifs de cette proposition, la Commission établit une distinction entre sites interactifs et sites passifs, et considère que le concept d'activité dirigée « a pour objet de rendre clair que le point 3) s'applique au contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'État du domicile du consommateur ».

⁷⁶⁸ Affaire *Pammer/Hotel Alpenhof*, *supra* note 754, point 71. Voir déjà en ce sens, l'appréciation de Mme l'avocat générale, *supra* note 778, point 64.

considérant du *Règlement de Rome* : « le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15 ». La Cour se penche également sur la question de savoir si l'approche basée sur la distinction entre site interactif/passif est pertinente pour l'interprétation de la notion d'activité dirigée. À cet égard, elle note que cette distinction s'estompe dès lors que certaines mentions, comme l'adresse géographique ou d'autres coordonnées du commerçant, sont devenues obligatoires en vertu de l'article 5.1.c de la directive sur le commerce électronique⁷⁶⁹. Cette distinction ne saurait être déterminante, puisque le consommateur a la faculté de contacter le commerçant en vue de conclure un contrat, indépendamment du fait que ce dernier ait envisagé ou non de commercer avec des consommateurs domiciliés dans des États membres autre que celui sur le territoire duquel il est établi⁷⁷⁰. Si ces indications suffisaient déjà pour la direction de l'activité, tout site internet relèverait de fait de cette catégorie, ce qui serait contraire à l'objet de la disposition spéciale.

La Cour décide que la notion d'activité dirigée doit être interprétée de façon à ce qu'une volonté du commerçant de cibler un ou plusieurs autres États membres soit requise:

Il y a lieu de considérer que, aux fins de l'applicabilité dudit article 15, paragraphe 1, sous c), le commerçant doit avoir manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'un ou de plusieurs autres États membres, au nombre desquels figure celui sur le territoire duquel le consommateur a son domicile⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ Voir ci-dessus, partie II, titre I, chap. I.

⁷⁷⁰ Affaire *Pammer/Hotel Hapellof*, *supra* note 754, point 79. Cette précision est conforme à l'appréciation de l'avocat général dans ces affaires, lequel note à juste titre que l'indication de certaines données « qui permettent une prise de contact rapide et une communication rapide et effective ne signifie pas en elle-même la direction de l'activité vers l'État membre du domicile du consommateur, car il s'agit en fait d'indications obligatoires ». *Commentaires*, *supra* note 778 au point 79.

⁷⁷¹ *Ibid.* point 75.

Il faut encore vérifier si, avant la conclusion éventuelle du contrat avec le consommateur, il existait des indices permettant de dégager une telle volonté. À cet égard, la Cour invite à retenir plusieurs indices, soit pris comme un ensemble, soit individuellement. La mention selon laquelle un commerçant offre ses services et ses biens dans un ou plusieurs États membres nommément désignés, est considérée comme un indice manifestement révélateur de la volonté du commerçant⁷⁷². Il en va de même de l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherche, afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents États membres l'accès au site du commerçant⁷⁷³.

À défaut de l'existence d'indices aussi patents, la Cour fournit une liste non exhaustive de critères qui permettent de vérifier l'existence d'une telle volonté. Il s'agit notamment de la nature internationale de l'activité en cause - telle que la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international -, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que « .com » ou « .eu ». En ce qui concerne la langue ou la monnaie utilisée, il est indiqué dans la déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'article 15 du *Règlement de Bruxelles*, que celles-ci ne constituent pas des éléments pertinents aux fins d'apprécier si une activité est dirigée vers un ou plusieurs autres États membres. La Cour apporte d'utiles précisions en indiquant que dans certains cas bien limités, la langue ou la monnaie peuvent être

⁷⁷² La Cour omet ici de souligner un point important qui a été déjà suscité dans les conclusions de l'avocat général. Il s'agit de l'exigence de conformité entre le contenu des mentions figurant sur le site du commerçant et son comportement effectif: « Si le commerçant indique sur le site internet qu'il ne dirige pas son activité vers des États membres déterminés, mais qu'il conclue ensuite tout de même des contrats avec des consommateurs domiciliés dans ces États membres, il ne peut pas invoquer une indication explicite qu'il ne dirige pas son activité vers ces États membres ». Conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak, *supra* note 754, point 92.

prises en considération, notamment lorsque la configuration du site Internet permet aux consommateurs de changer ces éléments. La Cour est d'avis qu'avec cette possibilité, le commerçant démontre sciemment qu'il souhaite que des consommateurs venant d'autres États membres concluent eux aussi des contrats avec lui⁷⁷⁴. Bref, il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices et son appréciation se fait au cas par cas. L'approche préconisée par la Cour dans l'affaire *Pammer/Hotel Alpenhof* repose sur l'intention de l'opérateur du site, et constitue un critère subjectif en opposition à celui de la localisation objective⁷⁷⁵.

Dans ce contexte, un bref examen de la jurisprudence américaine sera précieux, puisque l'analogie entre les approches européenne et américaine est frappante. Le raisonnement de la Cour de justice nous paraît largement inspiré par le droit américain, en raison de son appréhension précoce du Réseau et des activités électroniques.

Après avoir fondé la compétence des juridictions américaines sur la simple accessibilité des sites Internet⁷⁷⁶ (accessibility approach), l'arrêt phare *Zippo*⁷⁷⁷ a élaboré une approche nouvelle basée sur le « *sliding scale* » ou le « *sliding*

⁷⁷³ Dans le même contexte, une autre possibilité mérite d'être mentionnée, soit celle qui concerne la publicité à travers les fenêtres qui s'affichent en accédant à une page Internet dans un État membre donné (pop-up windows).

⁷⁷⁴ Affaire *Pammer/Hotel Alpenhof*, *supra* note 754 point 84. La question se pose de savoir si un site qui permet de changer de langue vers l'anglais peut être considéré comme étant dirigé vers l'ensemble des autres États membres, vu que l'utilisation de l'anglais est largement répandue. À cet égard, l'avocat général note que ce critère ne permet pas à lui seul de traduire la volonté du commerçant de cibler certains États membres et qu'il faut également tenir compte d'autres critères. Commentaires de l'avocat général Verica Trstenjak, *supra* note 754, note bibliographique n. 67.

⁷⁷⁵ L'on peut légitimement s'interroger sur la compatibilité d'une telle démarche avec l'objectif principal visé par les deux Règlements, à savoir la prévisibilité juridique.

⁷⁷⁶ *Inset Systems, Inc. c. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp.161 (D. Conn. 1996); *Maritz, Inc. c. Cybergold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E. D. Mo. 1996); *Humphrey c. Granite Gate Resorts, Inc.*, 568 N.W.2d 715 (Minn. Ct. App. 1997)..

⁷⁷⁷ *Zippo*, *supra* note 513.

continuum ». Cet arrêt propose de distinguer trois catégories d'activités exercées par le biais d'Internet dans un État :

- Site actif (exercice clair et constant d'activités): « *defendant clearly does business over the internet: this is the situation where the defendant enters into contracts with residents of the forum and knowingly and repeatedly* ».

Compétence établie.

- Site passif : « *defendant simply posts information on an internet web site which is accessible in a foreign state* ». Compétence non établie.

- Site interactif : « *user can exchange information with the host computer* ».

Compétence qui dépend de l'intensité de l'interactivité dans l'échange d'informations.

Cette approche est fondée sur la qualification actif ou passif du site internet, que fera le juge en tenant compte de plusieurs facteurs objectifs. Malgré sa percée aux États-Unis, cette approche se révèle difficile à mettre en œuvre⁷⁷⁸ et les tribunaux l'ont substituée par celle du ciblage (*targeting approach*) :

If a defendant web site operator intentionally targets the site to the forum state, and/or knowingly conducts business with forum state residents via

⁷⁷⁸ « The middle of the *Zippo* scale is where the test ultimately fails. [...] Given that *Zippo* encourages inquiry into the level of interactivity of a website when it falls in the middle of the scale, one would have expected the court to provide a rough definition of "interactivity". It did not. Other commentators have noted this deficiency, and several district courts have aimed their criticism of *Zippo* at this definitional ambiguity ». [Notes omises]. Boone, « Bullseye », *supra* note 523 à la p. 258; Dans le même sens, voir Micheal Geist, « Is there a there? Toward greater certainty for Internet Jurisdiction » (2001) 16 Berk. Tech. L. J. 1345 à la p. 1379 et s; Wang, *Internet jurisdiction and choice of law*, *supra* note 758 à la p. 70: [...] The *Zippo* test, with its emphasis on the level of interactivity inherent to a website, has become less relevant given that almost all commercial sites now are at least highly interactive, if not integral to the marketing of the website owners ».

*the site, then the "purposeful availment" requirement for personal jurisdiction is satisfied.*⁷⁷⁹

La méthode de la « focalisation »⁷⁸⁰, largement utilisée aux États-Unis pour résoudre les conflits de lois et de juridictions liés au commerce électronique, est donc transposée en droit communautaire pour les litiges avec les consommateurs. L'alignement sur le système américain ne peut être qu'approuvé puisqu'il présente l'avantage d'une harmonisation, bien que partielle, dans un domaine en quête perpétuelle d'universalité.

En dernier lieu, soulignons que le critère du « comportement actif » constitue un facteur de rattachement bien adapté au commerce électronique, en ce qu'il permet de concilier des intérêts antagonistes : concept médiateur entre le principe du pays

⁷⁷⁹ *Toys « R » Us, Inc. c. Step Two, S.A.*, 318 F.3d 446, 453-54 (3d Cir. 2003). La jurisprudence américaine utilisant cette approche est abondante. L'on cite par exemple *Bancroft & Masters, Inc. c. Augusta Nat'l Inc.*, 223 F. 3d 1082, 1087 (9th Cir. 2000); *ALS Scan c. Digital Service Consultants Inc.*, 293 F. 3d 707 (4th Cir. 2002); *Bragg c. Linden Research, Inc.* 487 F. Supp. 2d 593, 599 (E.D. Pa. 2007).

⁷⁸⁰ En France, on doit cette notion à Olivier Cachard qui en élabore une véritable théorie générale dans sa thèse. Voir Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 2 à la p. 65 et s. Nous nous empressons de signaler que cet auteur justifie le recours à cette méthode uniquement en matière délictuelle. Pour lui, la seule accessibilité d'un site internet, si elle est relayée par la conclusion d'un contrat, suffit à considérer que l'opérateur a dirigé son activité vers l'État du consommateur ». (*Ibid.* à la p. 400). Sa conclusion converge avec l'avis de la Commission, mais qui n'a pas été retenu par la Cour de Justice.

d'origine défendu par les professionnels et le principe du pays de destination favorable aux intérêts des consommateurs.

CONCLUSION

Au terme de cette étude consacrée à la confrontation du droit international privé et du commerce électronique, nous constatons une efficacité réduite de la méthode conflictuelle. L'incidence du Réseau sur l'application des règles traditionnelles bien que certaine, dévoile les limites de certaines normes, dont celles qui font référence au concept du lieu. Le droit international privé contemporain témoigne du recul de la territorialité et ses critères de rattachement dont certains dénoncent l'inadaptation ont été progressivement abandonnés ou bien relégués à un rôle secondaire. L'argument fondé sur la présomption de l'inadaptation du droit international privé aux nouvelles technologies est réfutable, et la nécessité d'une approche transnationale du sujet ne nous semble guère impérative. En définitive et sous réserve de quelques nuances, les principes fondamentaux de ce droit savant sont aptes à remplir leur fonction face aux litiges générés par le commerce électronique.

Pour vérifier notre questionnement, il était indispensable de procéder à une analyse détaillée des solutions fournies par le *Règlement de Bruxelles* et par la *Convention de Rome*, substituée à partir du 17 juin 2008 par le Règlement dit « Rome I ». L'examen du système complexe et structuré instauré par les deux instruments nous a permis de constater l'antagonisme fondamental entre cette discipline et le réseau. Ce constat est parfaitement illustré par cette citation célèbre :

D'un côté, l'obscurité, l'enchevêtrement inextricable de normes et de méthodes, la science des broussailles savamment entretenue depuis le Moyen Âge. De l'autre, la lumière, l'éblouissement que suscitent les nouvelles technologies, la simplicité d'accès et d'utilisation. [...] D'un côté le droit international privé classique dont l'objet est de déterminer la

loi applicable ainsi que la juridiction compétente; de l'autre, les réseaux⁷⁸¹.

Comme le fait remarquer l'éminente juriste, Hélène Gaudemet-Tallon, le droit international privé a toujours été perçu une discipline complexe⁷⁸². L'avènement du commerce électronique rend à juste titre cette complexité plus évidente, notamment en ce qui concerne les contrats de consommation en ligne.

La remise en cause de l'applicabilité du droit international privé trouve son origine dans les caractéristiques du réseau. Il était donc essentiel de les présenter, tout en apportant des précisions terminologiques jugées nécessaires pour la bonne compréhension du sujet. Dans ce contexte, on a eu l'occasion de se pencher sur deux questions débattues, à savoir la nature du soi-disant « Cyberspace » et la qualification des « produits » fournis sous forme numérique. Examinant les arguments invoqués de part et d'autre, nous avons conclu que le réseau constitue un moyen de communication dont les caractéristiques ne remettent pas en question la distinction classique entre notions de « biens » et de services ».

L'étude des caractéristiques juridiquement importantes du Réseau révèle l'affaiblissement de la valeur localisatrice de certains critères de rattachement. Un problème bien particulier concerne l'anonymat des échanges réalisés en ligne. Pour pallier à cet inconvénient, l'article 5 de la directive sur le commerce électronique impose au prestataire de divulguer certaines informations, permettant ainsi son identification et sa localisation. Malgré l'utilité réduite de cette disposition qui ne concerne que le prestataire établi dans le « Marché Commun », sa pertinence reste démontrée.

⁷⁸¹ Fauvarque-Cosson, « Le droit international privé à l'épreuve des réseaux », *supra* note 501 à la p.1.

⁷⁸² Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *supra* note 13 à la p. 23.

Avant de procéder à l'évaluation de l'incidence du Réseau sur les règles de conflits examinées en première partie, il fallait au préalable considérer l'exigence de l'internationalité du contrat électronique. La transposition ardue de la définition traditionnelle a d'ailleurs mené certains auteurs à envisager l'internationalité systématique du contrat électronique. Cette thèse nous a paru largement contestable, et nous proposons en contrepartie une appréciation *in concreto* de la situation malgré la casuistique d'une telle démarche.

Le rôle prépondérant qu'occupe le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé contemporain est accentué en matière de commerce électronique. Faisant abstraction de toute localisation objective du contrat, il répond sans conteste à l'objectif de prévisibilité souligné par les deux instruments communautaires. Si en termes de localisation ce principe semble être parfaitement adapté aux nouvelles technologies, sa spécificité réside dans la difficulté de négocier ou de modifier les clauses affichées à l'écran. Le contrat électronique s'inscrit souvent dans le cadre d'un contrat d'adhésion, où le risque d'adhérer à des clauses de rattachement est accru. Le phénomène s'amplifie par la prolifération des contrats de consommation en ligne et le faible intérêt qu'emporte généralement ce genre de contrat. Les *Règlements de Bruxelles et de Rome* prévoient des règles de conflits spéciales qui diminuent sensiblement l'ampleur du problème. Il en va autrement si le contrat comporte une clause d'arbitrage, sa validité étant reconnue dans un contrat international de consommation, contrairement à ce qui est envisagé dans l'ordre interne. Cette dualité de régime nous mène logiquement à nous interroger sur la pertinence du critère de différenciation retenu. Ce critère, axé sur la « mise en cause des intérêts du commerce international », semble peu compatible avec l'enjeu du litige de consommation en ligne, souvent réduit. La situation exige soit la modification du critère retenu, soit un revirement de la jurisprudence.

Contrairement à l'opinion largement répandue, le recours au principe de l'autonomie de la volonté en matière de commerce électronique n'est pas inévitable. La transposition des règles de rattachement objectives ou subsidiaires prévues par les *Règlements de Bruxelles et de Rome* s'avère largement fonctionnelle. Pour les contrats entre professionnels, la règle de compétence générale calquée sur le domicile du défendeur, repose sur un critère stable, parfaitement adapté aux spécificités du Réseau. En revanche, l'application de la règle spéciale énoncée par l'article 5 du *Règlement de Bruxelles* appelle l'intervention de la Cour de Justice. Cet article évoque le cas de la pluri-localisation, que seule une définition autonome du lieu d'exécution semble permettre d'éviter le renvoi à la règle générale. La règle directe y énoncée pour le contrat de vente et de prestation de services, impose la qualification du contrat électronique au même titre que l'exige la nouvelle rédaction de l'article 4 du *Règlement de Rome*. Il est fort probable que la Cour de justice aura à se prononcer sur cette question dans un proche avenir. Par ailleurs, la localisation du contrat en matière de contrats de consommation a été abandonnée au profit de la méthode de « ciblage ». Cette approche repose sur le critère d'« activité dirigée » introduit par les deux instruments et conçu spécifiquement pour contourner les contraintes imposées par les caractéristiques du réseau. L'incidence du commerce électronique sur le droit international privé ne saurait entraver sa vocation naturelle à résoudre ces deux questions classiques, même si l'on constate une efficacité réduite de son mécanisme.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES

- Coipel-Cordonnier, Nathalie. *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- Dicey Albert, John Morris et Lawrence Collins. *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2006.
- Draetta, Ugo. *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- Droz, Georges. *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972.
- Fairgrieve, Duncan et Horatia Muir-Watt. *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence?*, Paris : Presses universitaires de France, 2006.
- Fauchoux, Vincent. *Le droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, Paris, Litec, 2008.
- Fawcett, James. Jonathan Harris et Michael Bridge, *International sale of goods in the conflict of law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Fouchard, Philippe et Louis Vogel, dir.. *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman : droit commercial international et européen*, Paris : Panthéon-Assas, 2004.
- Gaudemet-Tallon, Hélène. *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965.

- , *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996.
- , *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Règlement N.44/2001, Convention de Bruxelles et de Lugano, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002.
- , *Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4^e éd. Paris, L.G.D.J., 2010.
- Gaillard, Emmanuel et John Savage, *Fouchard. Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Boston, Kluwer Law International, 1999.
- Gautrais, Vincent, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998.
- Gautrais, Vincent, Parisien, S., *Droit du commerce électronique, documents internationaux*, Cowansville, Yvon Blais, 2002.
- Gillies, Lorna, *Electronic Commerce and international private law: A study of electronic consumer contracts*, Hampshire, Ashgate, 2008.
- Graham, Alexander, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2001 [Non publiée].
- Guez, Philippe, *L'élection de for en droit international privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris X - Nanterre, 2000 [Non publiée].
- Guillemard, Sylvette, et Université Laval, Centre d'études en droit économique, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.
- Heuzé, Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, G.L.N., 1990.
- Isaac, Henri et Pierre Volle, *E-Commerce : De la stratégie à la mise en œuvre opérationnelle*, Paris, Pearson Education France, 2008.
- Jacquet, Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983.
- , *Le contrat international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1998.

- Kassis, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle et Thomas Schultz. *Online dispute resolution : challenges for contemporary justice*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle. *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 1980.
- Koteiche, Lama, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, mémoire de D.E.A. en droit, Université Libanaise, 2005 [Non publiée].
- Leclerc, Frédéric. *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- Lecuyer, Stanislas. *Appréciation critique du droit international privé conventionnel : pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- Lessig, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.
- Lucas, André. *Le droit de l'informatique*, Paris, Presses universitaires de France, 1987.
- Magnus, Ulrich, Peter Mankowski et Alfonso-Luis Caravaca. *Bruxelles I Regulation: On jurisdiction and recognition in Civil and commercial matters*, Sellier, European Law Publishers, 2007.
- Mas, Florencé. *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- Maury, Marc-Antoine. *La Lex electronica*, mémoire de D.E.S.S., Université Paris-Sud, 1998 [Non publiée].
- Montero, Étienne. *Les contrats de l'informatique & de l'Internet*, Bruxelles, De Beock & Larcier, 2005.
- Morand, Charles-Albert. *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Mousseron, Jean-Marc. *Technique contractuelle*, 3^e édition, Paris, Lefebvre, 2005.

- Muir Watt, Horatia. *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Université Paris II, 1985 [Non publiée]
- Nuyts, Arnaud, dir. *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, Boston, Kluwer Law International, 2008.
- Pataut, Étienne. *Lois de police et ordre juridique communautaire in Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004.
- Pommier, Jean-Christophe. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992.
- Pouillet, Yves. *Quelques considérations sur le droit du cyberspace*, Paris, Economica, 2000.
- Puig, Pascal. *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2002.
- Rabel, Ernst. *The conflict of laws. Vol. 2: A comparative study: Foreign corporations: Torts: Contracts in general*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1960.
- Remy-Corlay, Pauline et Dominique Fenouillet, dir. *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.
- Robitaille, Christian. *La doctrine de la prestation caractéristique en droit international privé des contrats – Une étude critique*, mémoire en droit, Université Paris I, 1998 [Non publiée].
- Samuel, Adam. *Jurisdictional Problems in International Arbitration*, Zurich, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, 1989.
- Schultz, Andrea, dir. *Legal aspects of an e-commerce transaction: International Conference in The Hague, 26 and 27 October 2004*, München, Germany : Sellier, European Law Publishers, 2006.
- Schultz, Thomas. *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une approche critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Sinay-Cytermann, Anne. *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse dactylographiée, Université Strasbourg III, 1980.

- Svantesson, Dan. *Private international law and the internet*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2007.
- Symeonides, Symeon. *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Boston, Kluwer Law International, 1999.
- Tang, Zheng. *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- Thaller, Eugene. *Des faillites en droit comparé: avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, Paris, t. 2, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1987.
- Théry, Philippe. *Pouvoir juridictionnel et compétence (Étude de droit international privé)*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 1981.
- Thieffry, Patrick. *Commerce électronique. Droit international et européen*, Paris, Litec, 2002.
- Trudel, Pierre. *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.
- Verbiest, Thibault. *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- . *Le nouveau droit du commerce électronique - La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, Larcier, 2005.
- Viangalli, François. *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- Vivant, Michel. *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999.
- Vivant, Michel. *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet*, Paris, Lamy, 2005.
- Wang, Faye. *Internet jurisdiction and choice of law: Legal practices in the EU, US and China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Watté, Nadine et Arnaud Nuyts. *Les arrêts de la Cour de justice sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles*, Diegem, Kluwer Éditions juridiques Belgique, 1998.

ARTICLES ET CHRONIQUES

- Abi Saab, Georges. « Cours général de droit international public » (1987) 207 R.C.A.D.I. 29.
- Akihiro, Hironaka. « Jurisdiction Theory "Made in Japan": Convergence of U.S. and Continental European Approaches » (2004) 37 Vand. J. Transnat'l L. 1317.
- Añoveros, Beatriz. « Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union » (2004) 1 R.E.D.C. 77.
- Archer, Delphine. « Lois de police et dispositions impératives du droit communautaire dérivé : pour une approche conciliatrice des logiques internationaliste et communautaire » (2009) 4 R.E.D.C. 678.
- Aubry, Jules. « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé » (1896) 23 Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée 465.
- Barbry, Éric. « Le droit du commerce électronique : de la protection...à la confiance » (1998) 2 R.D.I.T. 14.
- Batiffol, Henri. « Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats » dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 39.
- , « Le pluralisme des méthodes en droit international privé » (1973) 139 R.C.A.D.I. 75.
- Beraudo, Jean-Paul. « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I. 1033.
- , « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Règlement n. 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000. - compétence - règles ordinaires de compétence », *JurisClasseur Droit International*, fasc. 631-40.
- Beraudo, Jean-Paul et Marie-Josèphe Beraudo. « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Règlement (C.E.) n. 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. - Compétence. - Compétences exclusives. - Compétences à raison de la matière » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 3010.

- . « Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Convention de Lugano du 16 septembre 1988. – Règlement n. 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000. – Compétence. - Prorogation volontaire de compétence » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 3011.
- . « Convention de Lugano du 16 septembre 1988 » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 3100-3103.
- . « Faut-il avoir peur du contrat sans loi? » dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, 93.
- Béguin, Jacques. « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international? » (1985) 30 *McGill L. J.* 478.
- Bellet, Pierre et Ernst Mezger. « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile » (1981) 70 *Rev. crit. D.I.P.* 616.
- Bergé, Jean-Sylvestre. « La résolution des conflits de lois » dans Chantillon, dir., *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 524.
- Berlioz, Pierre. « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement « Bruxelles I » » (2008) 3 *J.D.I.* 675.
- Bitan, Hubert. « Comprendre les mots de l'internet - Glossaire » (2000) 167 *Gaz. Pal.* 4.
- Bradford, Smith. « The third industrial revolution; Law and policy for the internet » (2000) 282 *R.C.A.D.I.* 229.
- Boone, Brian. « Bullseye!: Why a “targeting” approach to personal jurisdiction in the e-commerce context makes sense internationally » (2006) 20 *Emory Int'l L. Rev.* 241.
- Boskovic, Olivera. « La protection de la partie faible dans le règlement « Rome I » » (2008) 31 *Recueil Dalloz* 2175.
- Bouchard, Charlaïne et Marc Lacoursière. « Les enjeux du contrat de consommation en ligne » (2003) 33 *R.G.D.* 373.

- Boularbah, Hakim, Arnaud Nuyts et Nadine Watté. « Le règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2002) 91 J.T.D.E. 161.
- Brochers, Patrick., « Tort and contract jurisdiction via the internet: The 'minimum contacts' test and the Brussels regulation compared » (2003) 1 Netherlands International Law Review 401.
- Brule-Gadioux, Florence et Éric Lamothe. « L'ordre communautaire : pour une nouvelle approche des lois de police » (2005) 16 JCP N 773.
- Budnitz, Marc. « The federalization and privatization of public consumer protection law in the United States: Their effect on litigation and enforcement » (2008) 24 Ga. St. U. L. Rev. 663.
- Bureau, Dominique. « Interprétation par la CJCE de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : la Belgique rapproche Rome de Luxembourg » (2004) 4 RDC 1057.
- Cachard, Olivier. « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé » (2004) 5 Int'l Bus. L. J. 261.
- Cachia, Paul. « Consumer contracts in European private international law : The sphere of operation of the consumer contract rule in the Brussels I and Rome I Regulations » (2009) 34 European Law Review 476.
- Calais-Auloy, Marie-Thérèse. « L'importance de la volonté en droit » (1999) 243 P.A. 14.
- Caprioli, Éric et Renaud Sorieul. « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 2 J.D.I. 323.
- Castel, Jean-Gabriel. « The uncertainty factor in Canadian private international law » (2007) 52 McGill L.J. 555.
- Cavers, David, « A critique of the choice-of-law problem » (1933) 47 Harv. L. Rev. 173.
- Clay, Thomas. « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 » (2005) D. 3051.
- Corneloup, Sabine. « La loi applicable aux obligations contractuelles. - Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I » » (2008) 44 J.C.P. éd. G. 320.

- Cuniberti, Gilles. « L'incidence du lieu d'exécution sur la loi applicable au contrat. - La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 » (2003) 30 J.C.P. éd. G. 153.
- D'Oliveira, Jessurum. « Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention » (1977) 25 Am. J. C. L. 303.
- De Lamberterie, Isabelle. « Le règlement en ligne des petits litiges de la consommation » dans Georges Chantillon, dir., *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 630.
- De Meyer, Jan. « International jurisdiction and conflict of law rules for consumer claims: a survey of European legislation » (2009) 4 R.E.D.C. 631.
- De Vareilles-Sommières, Pascal. « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) » (2006) 35 Recueil Dalloz 2464.
- Debusséré, Frédéric. « International jurisdiction over e-consumer contracts in the European Union : Quid Nove Sub Sole ? » (2002) 10 IJLIT 344.
- Deumier, Pascal et Jean-Baptiste Racine. « Règlement Rome I: le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle » (2008) 4 RDC 1309.
- Dickinson, Andrew. « European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past? » (2005) 1 J. Private Int'l L. 197.
- Droz, Georges. « Delendum est forum contractus ? » D. 1997, chron. p. 351.
- . « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles » (1989) 78 Rev. crit. D.I.P. 1.
- Droz, Georges et Hélène Gaudemet-Tallon. « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 90 Rev. crit. D.I.P. 601.
- Fallon, Marc. « La protection internationale de l'acheteur sur l'inter-réseau dans le contexte communautaire » dans Hildegard Stauder et Bernd Stauder dir., *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Zurich, Schulthess-Verlag, 1999, 240.

- Fallon, Marc et Johan Meeusen. « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé » (2002) 91 Rev. crit. D.I.P. 435.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte. « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » (1998) 2 R.I.D.C. 463.
- . « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Georges Chantillon, dir., *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 55.
- Foss, Morten et Lee Bygrave. « International consumer purchases through the Internet : Jurisdictional issues pursuant to European law » (2000) 8 Int'l J. L. & Info. Tech. 99.
- Fouchard, Philippe. « La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York », (1990) Rev. arb. 571.
- . « Arbitrage commercial international. Notion », Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1050.
- Foyer, Jacques. « L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles » (1976) 3 J.D.I. 555.
- . « Le contrat d'electio juris à la lumière de la convention de Rome » dans *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 169.
- Fragistas, Charalambos. « La compétence internationale en droit privé » (1961) 104 R.C.A.D.I. 238.
- Francscakis Phocion. « Droit naturel et droit international privé » dans *Mélanges offerts à Jacques Maury : Droit international privé et public*, vol. 1, Paris : Dalloz & Sirey, 1960, 113.
- Franqc, Stéphanie. « Internet : un monde sans frontières : La loi applicable aux contrats conclu sur internet » (2000) 56 Revue Ubiquité 47.
- . « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles : De quelques changements » (2009) 1 J.D.I. 41.

- Gaillard, Emmanuel. « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international » (1990) 4 Rev. Arb. 759.
- « Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage – Autonomie et principe de validité » JurisClasseur Procédure civile, fasc. 1054.
- « Arbitrage commercial international. – Convention d'arbitrage. – Arbitrabilité », JurisClasseur Procédure civile, fasc. 1058.
- Emmanuel Gaillard, « Arbitrage Commercial International. – Convention d'arbitrage. – Effets. – Droit commun et droit conventionnel », JurisClasseur Procédure civile, fasc. 1062.
- Gannagé, Léna. « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation » dans Jean Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 421.
- « Le contrat sans loi en droit international privé » (2007) 11 E.J.C.L. 3.
- Gaudemet-Tallon, Hélène. « la compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ? » (1977) 1 Rev. Crit. D.I.P. 1.
- « les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères » dans Algeria Borrás, dir., *E pluribus unum : Liber amicorum Georges A.L. Droz : on the progressive unification of private international law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 95.
- « Protection du consommateur dans l'espace européen. Quel juge ? Quelle loi ? » (2002) 108 Droit & patrimoine 71.
- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) » (2005) 312 R.C.A.D.I. 9.
- « Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome 1 » du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales » JurisClasseur Europe traité, fasc. 3200.
- « Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. - Détermination de la loi applicable. - Domaine de la loi applicable » JurisClasseur Europe Traité, fasc. 3201.

- Gautrais, Vincent et Pierre-Emmanuel Moyse. « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur » (1996) 9-1 Cahiers de propriété intellectuelle 9.
- Gautrais, Vincent, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef. « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la Lex electronica » (1997) 5 Int'l Bus. L.J. 547.
- Gautrais, Vincent. « La formation des contrats en ligne » dans Eric Labbe et al. dir., *Guide juridique du commerçant électronique*, 2001, disponible en ligne: http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf.
- , « La couleur du consentement électronique » (2003) 16 Les cahiers de propriété intellectuelle 61.
- GEDIP. « Protection des consommateurs (Rome I) » (2000) 89 Rev. crit. D.I.P. 929.
- Geist, Micheal. « Is there a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001) 16 Berkeley Tech, L. J. 1345.
- Giuliano, Mario. « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis » (1977) 158 R.C.D.A.I. 236.
- Goldman, Berthold. « Frontières du droit et 'lex mercatoria' » (1964) 9 Archives de philosophie du droit 177.
- Goldsmith, Jacques. « Against Cyberanarchy » (1997) 65 U. Chi. L. Rev. 1199.
- Gothot, Pierre et Dominique Holleaux. « La Convention entre les États membres de la CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (1971) 167 J.D.I. 747.
- Guillemard, Sylvette et Dieudonné Onana. « Le contrat d'adhésion: Actualités et droit international privé » (2007) 48 C. de D. 635.
- Haas, Gérard. « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998), en ligne : Juriscom.net <<http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm>>.
- Heuzé, Vincent. « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5,1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 » (2000) 89 Rev. crit. D.I.P. 595.

- Houx, Nicolas. « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, pour une interprétation cohérente des dispositions applicables » (2001) 43, 44 P.A. 6, 5.
- Huet, André. « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux » *JursiClasseur Droit international*, fasc. 581-41.
- Huet, Jérôme. « Commerce électronique : Loi applicable et règlement des litiges. Propositions des grandes entreprises (GBDe) » (1999) 41 JCP éd. G. 1602.
- . « De la « vente » de logiciel », dans *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, 802.
- . « Le droit applicable dans les réseaux numériques » (2002) 3 J.D.I. 737.
- . « Libre propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique » dans Jean Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 507.
- . « Contrats électroniques.-Contenu et typologie », *JurisClasseur Commercial*, fasc. 322.
- Jacquet, Jean-Michel. « Fonction supranationale de la règle de conflit de lois » (2001) 292 R.C.A.D.I. 208.
- . « Contrats du commerce électronique et conflits de lois », dans Éric Caprioli, dir., *Les premières journées internationales du droit du commerce Électronique. Actes du Colloque de Nice des 23, 24, et 25 octobre 2000 organisé par le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'École du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier*, Paris, Litec, 2002, 93.
- . « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », dans Jean-Pierre Ancel et al., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, 727.
- . « Conflits de juridictions. – Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000. – Contrats. – Services. – Distribution. » (2008) 2 J.D.I. 8.
- Jarrosson, Charles. « L'arbitrabilité, présentation méthodologique » (1996) 1 R.J. com. 1.
- . « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 » (2001) I 333 J.C.P. éd. G. 1317.

- Jayne, Eric. « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne » (1995) 251 R.C.D.A.I. 147.
- . « Le Droit international privé du nouveau Millénaire : la Protection de la Personne humaine face à la Globalisation Conférence » (2000) 282 R.C.A.D.I. 9.
- Jayne, Eric et Christian Kohler. « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », (2005) 84 Rev. crit. D.I.P. 1
- Jodlowski, Jerzy. « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile » (1974) 143 R.C.A.D.I. 510.
- Johnson, David et David Post. « Law and Borders -- The Rise of Law in cyberspace » (1995) 48 Stan. L. Rev. 1367.
- Jouannet, Emmanuelle. « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale » (2006) 58 Me. L. Rev. 292.
- Kahn-Freund, Otto. « La notion anglaise de la proper law of the contract » (1973) 62 Rev. crit. D.I.P. 614.
- Kenfack, Hugues. « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? » (2009) 1 J.D.I. 1.
- Kessedjian, Catherine. « Aspects juridiques du e-trading : règlement des différends et droit applicable » dans L.Thévenoz et Ch. Bovet, dir., *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, vol. 6, Berne, Stämpfli, 2000, 65.
- . « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales » (2002) 300 R.C.A.D.I. 79.
- . « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for » (2006) 3 J.D.I. 813.
- Knöfel, Suzanne. « Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to Article 7(2) of the Rome Convention » (1999) 5 J.B.L. 239.
- Lagarde, Paul et Aline Tenenbaum. « De la convention de Rome au Règlement Rome I » (2008) 97 Rev. crit. D.I.P. 727.

- Lagarde, Paul. « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats » (1975) 43 *Rivista di diritto internazionle privato e processuale* 649.
- . « Approche critique de la *lex mercatoria* », dans *Le Droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Paris, Litec 1982, 125.
- . « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé » (1986) 196 *R.C.A.D.I.* 9.
- . « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 » (1991) 80 *Rev. crit. D.I.P.* 287.
- . « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne » dans Gilles Goubeaux et al., *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, 511.
- . « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) » (2006) 95 *Rev. crit. D.I.P.* 331.
- Lalive, Pierre. « Tendances et méthodes en droit international privé » (1977) 2 *R.C.A.D.I.* 1.
- Lando, Ole. « The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations », (1987) 24 *Comm. Market Law Rev.* 159.
- Lando, Ole et Peter Nielsen. « The "Rome I" Regulation » (2008) 45 *Common Market Law Review* 1687.
- Laprès, Daniel Arthur. « L'exorbitante affaire Yahoo » (2002) 4 *J.D.I.* 975.
- Lardeux, Gwendoline. « Système juridique applicable aux contrats » *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 65.
- Lavenue, Jean-Jacques. « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis » (1996) 3 *R.R.J.* 811.
- Lemaire, Sophie. « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I » (2008) 31 *Recueil Dalloz* 2157.
- Lessig, Lawrence. « The Zones of Cyberspace » (1996) 48 *Stan. L. Rev.* 1403.

- Loquin, Éric. « Arbitrage. Définition, nature juridique, distinctions avec d'autres institutions, avantages et inconvénients » *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1005.
- . « Arbitrage commercial. – Compromis et clauses compromissoires », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1020.
- . « Arbitrage. - Conventions d'arbitrage. - Conditions de fond. Litige arbitral », *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1024.
- Mackaay, Ejan. « Le marché du progiciel : licence ou vente » (1994) 6 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 401.
- Mahmoud, Mohamad. « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », (2005) 315 *R.C.A.D.I.* 141.
- Mayer, Pierre. « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence » (1989) 217 *R.C.A.D.I.* 319.
- . « Actualité du contrat international » (2000) 90 *P.A.* 55.
- Mefford, Aron. « Lex Informatica : Foundations of Law on the internet » (1997) 5 *Ind. J. Global Legal Stud.* 211.
- Mourre, Alexis. « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires - La communautarisation de la coopération judiciaire en matière civile » (2001) 6 *R.D.A.I.* 770.
- Mousseron, Jean-Marc. « La lex mercatoria, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée », dans *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996.
- Muir Watt, Horatia. « Cyberage Conflict Law : Yahoo ! Cyber-Collision of Cultures : Who Regulates ? » (2003) 24 *Mich. J. Int'l L.* 673.
- Nadelmann, Kurt. « Choice of Law Resolved by Rules or Presumptions with an Escape Clause » (1985) 33 *A.J.C.L.* 297.
- Neumayer, Karl. « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations » (1957) 46 *Rev. crit. D.I.P.* 579.
- . « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) » (2004) 307 *R.C.A.D.I.* 25.

- Niboyet, Jean-Paulin. « La théorie de l'autonomie de la volonté » (1927) 016 R.C.A.D.I. 1.
- Niboyet, Marie-Laure. « Contrats internationaux. – Détermination du droit applicable. – Le principe d'autonomie (sa portée) » JurisClasseur Civil Code, fasc. 30.
- , « Contrats internationaux.- Introduction.- Généralités. Sources. Historiques » fasc. 552-10.
- , « Contrats internationaux.- Détermination du droit applicable.- Le principe d'autonomie (sa signification) » JurisClasseur Droit international, fasc. 552-20.
- , « Contrats internationaux.- Détermination du droit applicable.- Le principe d'autonomie (sa portée) » JurisClasseur Droit international, fasc. 552-30.
- , JurisClasseur Droit international « Contrats internationaux. - Détermination du droit applicable. - Principes concurrents du principe d'autonomie » fasc. 552-40.
- Oppetit, Bruno. « Le droit international privé, droit savant » (1992) 234 R.C.A.D.I. 331.
- Øren, Joakim. « International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe » (2003) 52 ICLQ 665.
- Oulaï, Serge. « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise » (2009) 54 McGill L. J. 627.
- Overbeck, Alfred. « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé » (1982) 176 RCADI 187.
- Overby, Brooke. « An Institutional Analysis of Consumer Law » (2001) 34 Vand. J. Transnat'l L. 1219.
- Palacio Vallelersundi, Ana. « Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire » (2001) 1 R.D.U.E. 5.
- , « Le droit communautaire et la société de l'information : quelques exercices d'imagination juridique » (2002) 38 P.A. 46.

- Passa, Jérôme. « Le contrat électronique international : Conflit de lois et de juridictions » (2005) 5 *Comm. com. électr.* Étude 17.
- Pataut, Étienne. « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives » dans Jean Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004.
- Pocar, Fausto. « La protection de la partie faible en droit international privé » (1984) 188 *R.C.A.D.I.* 339.
- Poillot-Peruzzetto, Sylvaine. « La loi applicable au contrat par électronique » dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le contrat électronique*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002, 152.
- Post, David. « Anarchy, State and the Internet: An essay on law-making in cyberspace » (1995) 3 *J. Online L.* para. 36, en ligne : <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>.
- Pouillet, Yves. « Transactions via Internet et protection des consommateurs » dans Jules Stuyck et Elke Ballon (eds), *Verkoop op afstand en telematica. Juridische aspecten*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 127.
- Prujiner, Alain. « Le droit international privé : un droit du rattachement » dans Christian Dominicé, Robert Patry et Claude Reymond, dir., *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle; Francfort-sur-le-Main, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1993, 166.
- Radicati Di Brozolo, Luca. « Arbitrage Commercial International et Lois de Police », (2005) 315 *R.C.A.D.I.* 269.
- Ramet, Stéphanie. « Protection des intérêts économiques des consommateurs. – Le droit des contrats » *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2010.
- Raymond, Guy. « Vente à distance », *JurisClasseur Commercial*, fasc. 926.
- Reidenberg, Joel. « Governing networks and Rule-Making in Cyberspace » (1996) 45 *Emory L. J.* 911.
- Remy-Corlay, Pauline. « Contrats à distance et conflits de lois » (2004) 1 *R.E.D.C.* 11.
- Risacher, Nancy. « Le procès de l'Internet » (1998) 102 *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux* 1.

- Robert, Pascal. « Critique de la dématérialisation » (2004) 140 *Communications et langages* 55.
- Schnitzer, Adolf. « Les contrats internationaux en droit international suisse » (1968) 123 *R.C.A.D.I.* 572.
- Schu, Reinhard. « The applicable law to consumer contracts made over the internet: Consumer protection through private international law? » (1997) 5 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 192.
- Sénacq, Stéphane. « La vente internationale et le commerce électronique » (2001) 1 *Int'l Bus. L.J.* 489.
- Sinay-Cytermann, Anne. « La protection de la partie faible en droit international privé » dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, 737.
- Stone, Peter. « The treatment of electronic contracts and torts in private international law under European Community legislation » (2002) 11 *Information and Communication Technology law* 121.
- Tang, Zheng. « Exclusive choice of forums clauses in e-commerce » (2005) 1 *Journal of private international law* 237.
- « Law Applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the "Rome I" Regulation » (2008) 71 *Modern Law Review* 785.
- Tenreiro, Mario. « La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation » dans Jean Calais-Auloy, *Études de droit de la consommation: Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 1993.
- Thoumyre, Lionel. « L'échange des consentements dans le commerce électronique », en ligne : *Juriscom.net* <<http://www.juriscom.net/uni/doc/19990515.htm>>.
- Vallelersundi, Ana-Palacio. « Le droit communautaire et la société de l'information: quelques exercices d'imagination juridique » (2002) 38 *Les petites affiches* 46.
- Van Huffel, Michel. « Les dispositions relatives au droit international privé dans les directives relatives à la protection des consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » (2004) 1 *R.E.D.C.* 169.
- Van Overstraete, Tanguy. « Le règlement des litiges: tribunal compétent, loi applicable et modes alternatifs de règlement », dans *Le droit des affaires en évolution – Le contrat sans papier*, Bruylant, Kluwer, 2003, 237.

- . « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », en ligne : Juriscom.net <<http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>>.
- Vischer, Frank. « The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts » (1974) 142 R.C.A.D.I. 1.
- Von Hase, André Moncayo. « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux » dans Georges Chantillon, dir., *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 595.
- Von Overbeck, Alfred. « Interprétation traditionnelle de l'article 5, point 1, des Conventions de Bruxelles et Lugano : le coup de grâce ? » dans Algeria Borrás, dir., *E pluribus unum : Liber amicorum Georges A.L. Droz : on the progressive unification of private international law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 287.
- Winn, Jane et Brian Bix. « Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU » (2006) 54 Clev. St. L. Rev. 175.
- Winn, Jane et Mark Webber. « The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on U.S. Business-to-Consumer Internet Merchants » (2006-2007) 62 Bus. Law. 209.
- Wu, Stephen. « In corporation by reference and public key infrastructures: moving the law beyond the paper-based world » (1988) 38 Jurimetrics J. 317.
- Zonobetti, Alexandra. « Le droit des contrats dans le commerce électronique » (2000) 5 R.D.A.I. 533.

DOCUMENTS, COMMUNICATIONS ET RAPPORTS

- American Bar Association. « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace. A Report on Global Jurisdiction Issues Created by Internet » (2000) 55 The Business Lawyer 1801.
- Ancel, J.-P. « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire » (1992) Trav. comité fr. D.I.P.
- Audit, Bernard. « Flux et reflux de la crise des conflits de lois » dans CFDIP, *Journée du cinquantenaire ; problèmes actuels de méthode en droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Éditions du CNRS, 1988.

Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer et Peter Schlosser. *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, en ligne : http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

France, Conseil d'État, Section du rapport et des études. *L'influence internationale du droit français*, Paris, La documentation française, 2001, en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=412>.

France, Commission générale de terminologie et de néologie. *Recommandations terminologiques. Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet*, Avis divers, J.O. n°63, à la p. 3905 (16 mars 1999).

Franceskakis, Phocion. « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? » dans *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1966-1969, 150.

Giuliano, Mario et Paul Lagarde. *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, J.O.C.E., n° C 282, p. 1 (31 octobre 1980).

Groupe européen de droit international privé. *Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, et de l'article 15 de la proposition de Règlement " Bruxelles I "*, dixième réunion, Rome, 15-17 septembre 2000, p. 2, en ligne : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-12pf.html>.

----- *Troisième commentaire consolidé des propositions de modification des articles 1er, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10bis, 12 et 13 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du Règlement 44/2001/CE (Règlement « Bruxelles I »)*, Dixième, onzième, douzième et treizième réunions, Rome, 15-17 septembre 2000, Lund, 21-23 septembre 2001, Paris, 20-22 septembre 2002, Vienne, 19-21 septembre 2003, en ligne : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-21cc.html>.

----- *Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, treizième réunion, Vienne, 19-21 septembre 2003, en réponse à la question n. 10, en ligne : <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-19rlv.html>.

Jenard, Paul. *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [1979] J.O. C 282.

Jenard, Paul et Gustaf Möller. *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988*, [1990] J.O. C 189/07.

Level, Patrice. *Le contrat dit sans loi*, Trav. com. fr. dip. 1964-1966, 209.

Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law. *Comments on the European Commission's green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernization*, en ligne: <http://edoc.mpg.de/211175>.

Oppetit, Bruno. « Le développement des règles matérielles » dans CFDIP, *Journée du cinquantenaire problème actuels de méthode en droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, CNRS, 1988, 121.

Organisation pour la Coopération et le développement Économique. *Measuring the information Economy*, 2002, en ligne : http://www.oecd.org/statisticsdata/0,3381,en_2649_34449_1_119656_1_2_1,00.html.

Schlosser, Peter. *Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, [1979] J.O. C 59.

Weitz, Karol et Piotr Rylski. « European Civil Procedure: Study JLS/C4/2005/03 – Evaluation of Application of Regulation 44/2001 National Report » – Poland Warsaw, en ligne: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_bx11_poland.pdf.

Welamson, Lars. « Rapport explicatif de la Convention de la Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for », Actes et Documents de la Xe session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. IV, For contractuel, pp. 201-226.

TABLE DE LA LÉGISLATION

France

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JO 11 janvier 1978, 301.

Décret n° 97-298 du 27 mars 1997, JO 3 avril 1997, 5123.

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO 16 mai 2001, 7776.

Loi n° 2004/575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), JO 22 juin 2004, 11168.

Loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit, J.O., 21 décembre 2007, JO 21 décembre 2007, 20639.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (modifiée), JO 5 août 2008, 12471.

Nouveau Code de procédure civile.

Législation de l'Union européenne.

CE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, [2000] J.O. C 291.

Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, [1980] J.O. L 266.

Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, [1968] J.O. L 319/9.

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, [2000] J.O. L 178/1.

Directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [1993] J.O. L 95/29.

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, [1997] J.O. L 144/19.

Directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, [2002] J.O. L 201.

Livre vert sur la transformation de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire, COM (2002) 654 final.

Proposition de règlement (CE) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (1999) 348 final.

Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM (2005) 650 final.

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, [2001] J.O. L12/1.

Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, [2008] J.O. L177/6.

Nations Unies :

Convention sur la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels, 15 juin 1955, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31 (entrée en vigueur : 1^{er} septembre 1964).

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 3.

Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation, 14 mars 1978, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=89 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1992).

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandise, 22 décembre 1986, en ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=61 (non encore en vigueur et destinée à remplacer celle de 1955).

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avril 1980, A/CONF. 97/18, Rev. crit. D.I.P. 1981. 383 (entrée en vigueur le 1er janvier 1988).

Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et guide pour son interprétation, 12 juin 1996, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

OCDE, « Recommandation du conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (décembre 1999) », en ligne : www.oecd.org/dataoecd/17/59/34023530.pdf.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

France - Cour de cassation

Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, S. 1911. I. 129 (note Gérard Lyon-Caen).

Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, D.P. 1928. I. 25 (concl. Matter, note Henri Capitant).

Cass. civ. 19 février 1930, *Mardelé*, S. 1933. I. 41 (note Jean-Paulin Niboyet).

Cass. civ. 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S. 1933. I. 41 (note Jean-Paulin Niboyet).

Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, Rev. crit. 1950. 609 (note Henri Batiffol), D. 1951.749 (note Joseph Hamel), S. 1952. I. 1.

Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1959, *Fourrures Renel*, Rev. crit. D.I.P. 1959. 708 (note Henri Batiffol).

Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1959, *Pelassa*, D. 1960. 37 (note Georges Holleaux), Rev. crit. D.I.P. 1960. 215 (note Yves Loussouarn).

Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1962, *Scheffel*, Rev. crit. D.I.P. 1963. 387 (note Phocion Francescakis), D. 1963. 109 (note Georges Holleaux).

Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 1963, *Gosset*, J.C.P. éd. G. 1963. II. 13405 (note Berthold Goldman).

Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1971, *Clunet*, 1972. 51 (note Philippe Khan).

Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1972, *Hecht*, JDI 1972. 843 (note Bruno Oppetit), Rev. crit. D.I.P. 1974. 82 (note Patrice Level).

- Cass. Com. 7 janvier 1981, RTD civ. 1981.849 (observation François Chabas).
- Cass. civ. 2e, 9 décembre 1981, *Société Fougerolle c. Banque du Proche-Orient*, JDI 1982. 951 3^e esp. (note Bruno Oppetit).
- Cass. com., 7 décembre 1983, Rev. crit. D.I.P. 1984. 658 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1985, D. 1986. IR. 267 (obs. Bernard Audit).
- Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, *Cie de signaux électriques c. Sorelec*, Rev. crit. D.I.P. 1986. 537 (note Hélène Gaudemet-Tallon), D. 1986. Inf. rap. 265 (obs. Bernard Audit).
- Cass. civ. 2^e, 18 juin 1986, Rev. arb. 1986, p. 567 (note Gérard Couchez), J.C.P. éd. G. 1986. IV. 247.
- Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1986, Rev. crit. D.I.P. 1987. 396 (note Hélène Gaudemet-Tallon), RTD civ. 1987. 547 (obs. Jacques Mestre).
- Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1987, *Plateau des Pyramides*, JDI 1987. 638 (note Berthold Goldman), Rev. arb. 1987. 469 (note Philippe Leboulanger).
- Cass. com. 10 janvier 1989, Bull. civ. IV, n^o 20.
- Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1989, *Eurodif c. République Islamique d'Iran*, Rev. arb. 1989, p. 653, 2e arrêt (note Philippe Fouchard).
- Cass. com. 9 juillet 1991, Bull. civ. IV, n^o256, RTD civ. 1992. 389 (obs. Jacques Mestre).
- Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1991, Rev. crit. D.I.P. 1992. 113 (note Bruno Oppetit), JDI 1992. 177 (note Berthold Goldman).
- Cass. com. 26 mai 1992, Rev. crit. D.I.P. 1992. 703 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Dalico*, Rev. crit. D.I.P. 1994. 663 (note Pierre Mayer), Rev. arb. 1994. 116 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1994. 432 (note Emmanuel Gaillard), JDI 1994. 690 (note Eric Loquin).
- Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1997, Bull. civ. 1997. I. 55, n^o 85; Rev. crit. D.I.P. 1997. 585 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Rev. crit. D.I.P. 1998, 87 (note Vincent Heuzé).

- Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, Rev. crit. D.I.P. 2000, 24 (note Paul Lagarde).
- Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2001, JDI, 2001. 1121 (note André Huet).
- Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, Rev. arb. 2001. 529 (note Emmanuel Gaillard), RTD. Com. 2002. 49 (obs. Eric Loquin), Gaz. Pal. 12-13 dec. 2001. 26 (obs. Marie-Laure Niboyet).
- Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2001, DMF. 2001. 216 (note Philippe Delebecque).
- Cass. com., 4 mars 2003, Rev. crit. D.I.P. 2003, p. 285 (note crit. Paul Lagarde).
- Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, Bull. civ. I, no 251.
- Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, D. 2004. Jur. 2458 (note Ibrahim Najjar), RTD com. 2004. 447 (obs. Eric Loquin), Rev. arb. 2005. 115 (note Xavier Boucobza).
- Cass. civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, JDI 2005. 349 (note Olivier Cachard).
- Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Rev. crit. D.I.P. 2006. 94 (note Paul Lagarde).
- Cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 2005, Rev. crit. D.I.P. 2006. 413 (note Mathias Audit), JDI. 2007.169 (note Jean-Michel Jacquet).
- Cass. civ. 1^{re}, 25 octobre 2005, JDI 2006. 996 (note Francois-Xavier Train), Rev. arb. 2006.103 (note Jean-Baptiste Racine), D. 2006. 3060 (obs. Thomas Clay).
- Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *Société Commerzbank*, Rev. crit. D.I.P. 2007, 85 (note Delphine Cocteau-Senn).
- Cass. com., 19 déc. 2006, Bull. civ. 2006. IV. I. 279; Rev. crit. D.I.P. 2007, p. 592, 1^{re} esp. (note Paul Lagarde).
- Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, D. 2007, act. 511 (obs. Éric Chevrier) et p. 1575 (note Hugues Kenfack).
- Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2008, JDI 2008, p. 521 (note Jean-Michel Jacquet).
- Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 2008, D. 2008, Bull. civ., I, actualité jurisprudentielle à la p. 2154.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, J.C.P. éd. G. 2008, II, 10187 (note Louis d'Avout).

France - Cour d'appel

- C.A. Paris, 22 janv. 1954, J.C.P. éd. G. 1955, II, 8566 (obs. Henri Motulsky), D. 1955. 335 (note Jean Robert).
- C.A. Paris, 15 mai 1961, Rev. crit. D.I.P. 1961, p. 778 (note Ernst Mezger), JDI 1962. 140 (note Berthold Goldman).
- C.A. Paris, 9 janv. 1962, J.C.P. éd. G. 1962. II. 12488 (concl. Desangles), Rev. arb. 1962. 12.
- C.A. Colmar, 29 nov. 1968, *Impex*, J.C.P. éd. G. 1970, II, 16246 (obs. Patrice Level et Bruno Oppetit), Rev. arb. 1968. 149.
- C.A. Paris, 19 juin 1970, J.C.P. éd. G, 1971, II. 16927 (obs. Berthold Goldman), JDI 1971, p. 833, (note Bruno Oppetit), Rev. crit. D.I.P. 1971, 692 (note Patrice Level), Rev. arb. 1972, 47 (note Philippe Fouchard).
- C.A. Paris, 9 nov. 1984, JDI, 1986, 1039 (note Eric Loquin).
- C.A. Paris, 28 janvier 1988, JDI 1989. 1021 (note Eric Loquin).
- C.A. Paris, 20 avr. 1988, Rev. arb. 1988. 570 ; C.A. Paris, 30 nov. 1988 et 14 févr. 1989, Rev. arb. 1989. 691 (note Pierre-Yves Tschanz).
- CA Paris, 13 juillet 1989, *Valenciana*, JDI 1990. 430 (note Berthold Goldman).
- C.A. Paris, 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990. 675 (note Pierre Mayer).
- C.A. Paris, 11 janv. 1990, JDI 1991. 141 (note Bernard Audit) ; Rev. arb. 1992 95 (note Daniel Cohen).
- C.A. Paris, 8 mars 1990, *Ducler*, Rev. arb. 1990 675, 2e esp. (note Pierre Mayer).
- C.A. Paris, 5 avr. 1990, Rev. Arb. 1992, 110 (note Hervé Synvet), Rev. crit. D.I.P. 1991, 580 (note Catherine Kessedjian).
- C.A. Versailles, 6 févr. 1991, Rev. crit. D.I.P. 1991, p. 745 (note Paul Lagarde).
- C.A. Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, Rev. arb. 1991. 469 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- C.A. Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, Rev. arb. 1991 478 (note Laurence Idot).
- C.A. Paris, 29 novembre 1991, Rev. arb. 1993. 617 (note Laurent Aynes).

- C.A. Paris, 17 déc. 1991, *Gatoil*, Rev. arb. 1993, p. 281 (note Hervé Synvet).
- C.A. Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, Rev. arb. 1993. 645 (note Charles Jarrosson), JDI 1993, p. 957 (note Laurence Idot).
- C.A. Paris, 7 déc. 1994, Rev. arb. 1996. 67 (note Charles Jarrosson), RTD com. 1995. 401 (obs. Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin).
- C.A. Paris, 20 sept. 1995, Rev. arb. 1996, 87 (note Daniel Cohen) ; Cass. civ. 1re, 16 oct. 2001, Rev. arb. 2002. 919 (note Daniel Cohen).
- C.A. Paris, 1^{er} juillet 1997, Rev. Arb. 1998, 131 (note Dominique Hascher).
- C.A. Paris, 7 mars 2000, *Sté Free Surf c. Faulhaber*, disponible en ligne : http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=215.
- C.A. Paris, 28 fev. 2001, Rev. Arb. 2001.
- C.A. Paris, 29 mars 2001, Rev. Arb. 2001, 543 (note Dominique Bureau).

France - TGI

- TGI Paris, 10 juillet 1991, Rev. crit. D.I.P. 1993. 54 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- TGI Paris, 30 avril 1997, *Société ESIG*, disponible en ligne : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=32.
- TGI Poitiers, 22 déc. 1999, Rev. crit. D.I.P. 2001, p. 670 (note Pauline Rémy-Corlay).
- TGI Paris, réf., 20 novembre 2000, *LICRA et UEJF c. Yahoo ! Inc. & Yahoo France*, disponible en ligne : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf>.
- T.G.I. Paris, 4 février 2003, *Association familles de France cl SA Père-Noël.fr*, J.C.P. éd. G. 2003. II 10079.

Jurisprudence Communautaire

- C.J.C.E. *Sté Tessili c. Sté Dunlop*, C-12/76, [1976] Rec. C. E. I-1473, Rev. crit. D.I.P. 1977. 751 (note Pierre Gothot et Dominique Holleaux), JDI 1977. 714 (obs. André Huet).

- C.J.C.E. *De Bloos c. Bouyer*, C-14/76, [1976] Rec. C.E. I-1497, D. 1977. 618 (note Georges Droz), Rev. crit. D.I.P. 1977. 761 (note Dominique Holleaux et Pierre Gothot), JDI 1977. 719 (obs. Jean-Marc Bischoff).
- C.J.C.E. *Salotti c. RUWA*, C-24/76, [1976] Rec. C.E. I-1831, Rev. crit. D.I.P. 1977. 576 (note Ernst Mezger), JDI 1977. 734 (note Jean-Marc Bischoff), D. 1977, IR p. 349 (obs. Bernard Audit), Gaz. Pal. 1977. 1. 90 (concl. Francesco Capotorti).
- C.J.C.E. *Galleries Segoura SPRL c. Sté Rahim Bonakdarian*, C-25/76, [1976] Rec. C.E. I-1851, Rev. crit. D.I.P. 1977. 581 (note Ernst Mezger), JDI 1977, p. 734 (obs. Jean-Marc Bischoff).
- C.J.C.E. *Sté Bertrand c. Sté Paul Ott.*, C-150/77, [1978] Rec. C.E. I-1431, Rev. crit. D.I.P. 1979, p. 119 (note Ernst Mezger), J.C.P. éd. G. 1979, I-19051 (note Fernand-Charles Jeantet).
- C.J.C.E. *Soc. Générale alsacienne de banque*, C-15/78, [1978] RC 1978 I-01971.
- C.J.C.E. *Meeth c. Glacetal*, C-23/78, [1978] Rec. C.E. I-2133 (concl. Francesco Capotorti), JDI 1979. 663 (note André Huet), Rev. crit. D.I.P. 1981. 83 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- C.J.C.E. *Sanicentral c. Collin*, C- 25/79, [1979] Rec. C.E. I-3423 (concl. Francesco Capotorti), JDI 1980. 429 (note André Huet), D. 1980. 543 (note Jacques Mestre).
- C.J.C.E., *Peters c. Zuid Nederlandse Aannemers verniging*, C-34/82, [1983] Rec. C.E. I-987, Rev. crit. D.I.P. 1983. 663 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1983. 834 (obs. André Huet).
- C.J.C.E., *Geominne Hout c. Tilly Russ*, C-71/83, [1984] Rec. C.E. I-2417 (concl. Gordon Slynn), Rev. crit. D.I.P. 1985. 391 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1985, p. 159 (obs. Jean-Marc Bischoff).
- C.J.C.E. *Berghoefer c. ASA*, C-221/84, [1985] Rec. C.E. I-2699 (concl. Gordon Slynn), JDI 1986. 453 (obs. Jean-Marc Bischoff), Rev. crit. D.I.P. 1986. 335 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- C.J.C.E. *Shenavai c. Kreishe*, C-266/85, [1987] Rec. C.E. I-239 (point 19), JDI 1987. 465 (obs. André Huet), Rev. crit. D.I.P. 1987. 798 (note Georges Droz).
- C.J.C.E. *Arcado c. Haviland*, C-9/87, [1988] Rec. C.E. I-1539, Rev. crit. D.I.P. 1988. 610 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1989. 453 (obs. André Huet), D. 1989. Som. 344 (obs. Bernard Audit).

- C.J.C.E. *Factortame*, C-221/89, [1991] Rec. C.E. I 3965.
- C.J.C.E. *Soc. Jakob Handte*, C-26/91, [1992] Rec. C.E. I-3697 (motif n° 14), Rev. crit. D.I.P. 1992. 726 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1993. 169 (obs. Jean-Marc Bischoff).
- C.J.C.E. *Mulox IBC Ltd c. Hendrich Geels*, C-125/92, [1993] RC I-04075.
- C.J.C.E. *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, [1993] RC I-02913.
- C.J.C.E. *Faaborg-Gelting Linien c. Finanzamt Flensburg*, C-231/94, [1996] Rec. C.E. I-02395.
- C.J.C.E. *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg c. Les Gravières Rhénanes*, C-106/95, [1997] Rec. C.E. I-913 (concl. Avocat General G. Tesauero), Rev. crit. D.I.P. 1997. 663 (note Hélène Gaudemet-Tallon), JDI 1997. 625 (obs. André Huet), Europe 1997, n° 130 (obs. Laurence Idot).
- C.J.C.E. *Benincasa c. Dentalkit*, C-269/95, [1997] Rec. C.E. I-3767, JDI 1998. 581 (obs. Jean-Marc Bischoff).
- C.J.C.E. *Arblade*, C-369/96 et 374//96, [1999] Rec. C.E. I-8453.
- C.J.C.E. *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA.*, C-159/97, [1999] Rev. crit. D.I.P. I-559 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- C.J.C.E. *Leathertex*, C-420/97, [1999] Rec. C.E. I-6747 (point 39), Rev. crit. D.I.P. 2000. 76 (note Hélène Gaudemet-Tallon).
- C.J.C.E. *GIE Groupe Concorde*, C-440/97, [1999] Rec. C.E. I-6307.
- C.J.C.E. *Oceano Grupo*, C-240 à 244/98, [2000] Rec. C.E. I-4941.
- C.J.C.E. *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV*, C-387/98, [2000] Rec. C.E. I-9337, JDI 2001. 701 (note Jean-Marc Bischoff), Rev. crit. D.I.P. 2001. 359 (note Florence Bernard-Fertier).
- C.J.C.E. *Cape c. OMAI*, C-541/99 et C-542/99, [2001] J.C.P. éd. G. 2002, II, 10047 (note Gilles Paisant).
- C.J.C.E. *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, C-464/01, [2005] Rec. C.E. I-439.
- C.J.C.E. *Rudolf Gabriel*, C-96/00, [2002] RC I-6367.

C.J.C.E. *Besix*, C-256/00, [2002] Rec. C.E. I-1699, Rev. crit. D.I.P. 2002. 577 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

C.J.C.E. *Owusu c. Jackson*, C-281/02, [2005] disponible en ligne: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

C.J.C.E. *Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH*, C-386/05, [2007] R.C. I-3699.

C.J.C.E. *Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. deutsche internet versicherung AG*, C-298/07, [2008] Rec. C.E. I-07841.

C.J.C.E. *Falco Privatstiftung c/ Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, [2009] Journal Officiel de l'Union européenne, C 141 du 20 juin 2009.

C.J.C.E. *Intercontinental Interfrigo (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen B.V. et M.I.C. Operation B.V.*, C-133/08, [2008] Journal Officiel de l'union européenne 21 juin 2008.

C.J.C.E. *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller*, C-585/08 et C-144/09, (affaires jointes) [Non publiée].

Canada

Rudder v. Microsoft Corporation, (1999) 2 C. P. R. (4th) 474 (Ont. S. C. J.)

Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, (2005) QCCA 570.

Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin, (2007) 2 R.C.S. 801.

États-Unis

Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG. Co., 388 U.S. 395 (1967).

Pro CD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F. 3d 1447 (7th Cir. App. 1996).

Inset Systems, Inc. c. Instruction Set, Inc., 937 F. Supp.161 (D. Conn. 1996).

Maritz, Inc. c. Cybergold, Inc., 947 F. Supp. 1328 (E. D. Mo. 1996).

Zippo Manufacturing Company c. Zippo Dot Com, Inc., 952 F.Supp. 1119 (W. D. Pa. 1997).

Humphrey c. Granite Gate Resorts, Inc., 568 N.W.2d 715 (Minn. Ct. App. 1997).

Mieczkowski c. Masco Corp., 997 F.Supp. 782 (US District Court, ED Texas 1998).

Cyberspace, Communications, Inc. c. Engler, 55 F.Supp. 2d 737 (E.D. Mich. 1999).

Bancroft & Masters, Inc. c. Augusta Nat'l Inc., 223 F. 3d 1082, 1087 (9th Cir. 2000).

Forrest v. Verizon Communications, Inc., 805 A.2d 1007 (D. C. 2002).

ALS Scan c. Digital Service Consultants Inc., 293 F. 3d 707 (4th Cir. 2002).

Toys « R » Us, Inc. c. Step Two, S.A., 318 F.3d 446, 453-54 (3d Cir. 2003).

Bragg c. Linden Research, Inc., 487 F. Supp. 2d 593, 599 (E.D. Pa. 2007).

Autres

Hoge Raad, 25 sept. 1992, *Société Nouvelles des Papeteries de l'Aa v. Machinefabriek BOA*, NJ 1992, 750.

QB, *Definitely Maybe (Touring) Ltd v. Marek Liberberg Konzertagentur GmbH* (2001) 4 All ER 283 (C.A.).

C.A. *Marconi Communications International Ltd v Pt Pan Indonesia Bank Ltd TBK* (2005) 2 All ER 325.

Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, Rev. crit. D.I.P., 1998. 610 (note Paul Lagarde).

DIVERS

Office québécois de la langue française, disponible en ligne :
http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp.